

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

LE RÔLE DE LA VOLONTÉ

DANS

L'ACTE JURIDIQUE

(ÉTUDE CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le 17 juillet, à 4 heures

PAR

Nicolas COUMAROS

Avocat,

Licencié ès lettres (Philosophie).

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1931

THÈSE POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Professeurs honoraires : MM. SAUVAIRE-JOURDAN, $\odot$ I.; BARDE

$\ast$. $\odot$ I.; LESCURE $\ast$. $\odot$ I.; de BOECK, $\ast$. $\odot$ I., NOAILLES $\odot$ A.

FERRON, $\ast$, $\odot$ I., Doyen, professeur de *Droit commercial*.

BENZACAR, $\ast$, $\odot$ I., professeur d'*Economie politique*.

FERRADOU, $\odot$ I., Assesseur du Doyen, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).

MARIA, $\odot$ I., professeur de *Droit romain*.

MARGAT, $\odot$ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *droit international privé* (Licence).

BONNECASE, $\odot$ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

PALMADE, $\odot$ A. $\ast$, professeur de *Droit civil*.

VIZIOZ, $\odot$ A., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).

BONNARD, $\odot$ I., $\ast$, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, $\odot$ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.

BOYÉ $\odot$ A., $\ast$, professeur de *Droit romain*.

MOUNIER, $\odot$ I., professeur d'*Economie politique* et chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, $\ast$, $\ast$, professeur de *Droit international public*.

REGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.

GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de législation financière (3^e année), d'un cours d'économie politique, (diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).

LABORDE LACOSTE, $\odot$ A., professeur à la Faculté de Droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.

HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).

ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit international public*).

M. BEAUDUN, $\odot$ I., secrétaire.

Mme COSTES, secrétaire-adjointe.

Mme SOUBIE, bibliothécaire.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNARD, professeur *Président*

M. VIZIOZ, professeur

M. RÉGLADE, professeur

} *Suffragants*

LE ROLE DE LA VOLONTÉ

DANS

L'ACTE JURIDIQUE

(ÉTUDE CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le 17 juillet, à 4 heures

PAR

Nicolas COUMAROS

Avocat,

Licencié ès lettres (Philosophie).

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1931



A LA MÉMOIRE DE
LÉON DUGUIT
Mon Regretté Maître

*En témoignage de ma profonde
admiration et de ma vive gratitude.*

INTRODUCTION

I. La question du rôle de la volonté dans l'acte juridique est pour la science du droit une question primordiale. La volonté intervient certainement dans l'acte juridique. Mais comment, pourquoi et dans quel but y intervient-elle? Quel est exactement le rôle qu'elle y joue? Telle est la question que toute théorie du droit, qui veut assurer ses fondements, doit résoudre presque avant toute autre.

C'est en effet la question de la source même du droit qui se pose. Le droit se présente comme un ensemble très complexe de règles d'une certaine nature qui régissent la conduite humaine, qui viennent lui prescrire ce qu'elle doit être. Ces règles sont issues des actes juridiques. Tous les actes juridiques, depuis la loi jusqu'au dernier contrat fait par un particulier, sont producteurs de règles et par suite concourent à former le droit, car la règle de droit peut se manifester par voie générale comme par voie individuelle. Si donc la volonté intervient dans l'acte juridique, c'est la question de son rôle dans la production du droit qui se trouve ainsi posée.

Or, cette question, il faut la résoudre; on ne peut pas ne pas la résoudre. D'abord parce qu'en soi il faut exactement savoir comment le droit est produit. En outre il est nécessaire de savoir le rôle que joue la volonté dans cette

cause des conséquences extrêmement considérables qui en résultent.

Vu ce caractère essentiel, il semble qu'un accord définitif devrait exister sur ce rôle de la volonté dans l'acte juridique. Cependant cette question a toujours été très controversée.

Toutefois il a surgi une conception qui a fini, peu à peu, par recueillir une adhésion assez générale et qu'à ce titre on peut qualifier de *classique*. Et cependant, malgré le succès qu'elle a obtenu, elle soulève des objections tellement fortes qu'é, pour qui veut en prendre conscience, il paraît bien difficile de la conserver.

Cette conception consiste à attribuer à la volonté, dans l'acte juridique, un rôle créateur de l'effet de droit. Cet effet, c'est-à-dire la règle consécutive à l'acte juridique, aurait pour cause créatrice efficiente la volonté qui intervient dans l'acte. La volonté serait ainsi créatrice du droit. Le droit et ses règles auraient ainsi une origine purement volontariste. La source du droit serait dans la volonté.

II. L'objet du présent travail est de se livrer à une étude critique de cette conception classique du rôle de la volonté dans l'acte juridique, en envisageant principalement la forme que cette conception a reçue en France avec les deux théories de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle.

Prenant le problème dans toute son ampleur, c'est-à-dire à l'égard de tous les effets de droit possibles, à l'égard de toutes les règles de droit susceptibles d'être établies soit par voie générale, soit par voie individuelle, on voudrait montrer que cette conception d'un rôle créateur de la volonté vis-à-vis de l'effet de droit, de la règle de droit, ne peut pas être admise.

D'abord, d'un point de vue purement théorique, on ne peut

pas logiquement concevoir ce rôle créateur de la volonté. Dans toute production d'effet de droit, il y a production de règle de droit. Or, il est antinomique que la volonté puisse créer la règle qui va la soumettre. Logiquement le droit ne peut pas avoir une origine volontariste. Telle est l'objection théorique principale qui peut être soulevée; et nous verrons d'ailleurs qu'il y en a d'autres.

Mais réussirait-on à écarter cet illogisme, alors cette idée de la volonté créatrice de l'effet de droit se heurte, dans le droit privé, à des contradictions et à des difficultés nombreuses et souvent insolubles.

Par ailleurs, dans le domaine du droit public, elle oblige à admettre pour l'Etat cette conception qui fait de lui une personne titulaire de la souveraineté. Or, pour certains, depuis la puissante critique qu'en a fait Duguit, cette conception de l'Etat paraît inadmissible.

Telles sont les raisons que je me propose de développer pour démontrer que la conception classique sur le rôle créateur de la volonté dans l'acte juridique doit être écartée et qu'ainsi les règles de droit, tant sous forme générale que sous forme individuelle, ne peuvent pas être considérées comme ayant une origine volontariste.

III. Cet effort critique et par suite destructif, auquel nous allons nous livrer, aurait dû être complété d'un effort constructif.

Après avoir montré que la volonté ne joue pas ce rôle créateur dans le domaine du droit, il aurait fallu expliquer le rôle qu'elle y joue réellement, car il est certain que la volonté intervient effectivement dans l'acte juridique et y joue ainsi un certain rôle.

D'autre part, après avoir ainsi montré que le droit n'est pas d'origine volontariste et subjective, que son origine est par conséquent objective, c'est-à-dire extérieure au sujet qu'il va soumettre, il aurait fallu dégager où se trouve alors cette origine objective du droit. Si la règle de droit n'est pas le produit de la volonté humaine, par qui, par quoi et comment est-elle produite ? Telle est la question qui eût été à résoudre.

Voilà en bref la construction idéologique que nous aurions dû édifier comme suite nécessaire de notre destruction critique. Mais des raisons personnelles nous ont obligé à ajourner cette étude constructive. Nous la réservons pour un travail ultérieur.

PREMIÈRE PARTIE

Exposé de la conception classique du rôle de la volonté dans l'acte juridique

La conception classique du rôle de la volonté dans l'acte juridique n'est pas formulée seulement par la théorie dite de l'autonomie de la volonté complétée de la théorie de la liberté contractuelle. Cela constitue la conception classique française.

En effet, dans la conception classique en général, rentrent, en outre, la théorie de « l'autonomie de la volonté », la *Willenstheorie* allemande, et aussi, la « théorie de la volonté collective ».

Il nous faudra donc préciser le contenu de ces différentes théories en indiquant ce qu'elles formulent quant au rôle de la volonté dans l'acte juridique.

Nous groupons toutes ces théories sous l'expression : « théorie dynamique de la volonté » ou « théorie volontariste ». Nous expliquerons, dans la suite, pourquoi nous ajoutons le terme *dynamique* qui doit être sous-entendu pour toutes les expressions ci-dessus.

La théorie de l'autonomie de la volonté et la *Willenstheorie* allemande constituent, ensemble, ce que nous appelons la

« théorie dynamique de la volonté individuelle », pour la distinguer de l'autre qui pourrait être appelée la « théorie dynamique de la volonté collective ».

La conception qui, parmi toutes les autres, a donné lieu à de nombreuses difficultés quand il s'est agi de la préciser, est la conception française ou conception de l'autonomie de la volonté.

C'est donc elle, surtout, qui a besoin d'être davantage précisée, et ce sera sur elle que nous nous arrêterons le plus longuement.

Nous voudrions ensuite examiner quels sont ses rapports avec les doctrines, *individualiste* et *libérale*, avec lesquelles on l'a souvent identifiée.

Mais, tout d'abord, il convient de s'expliquer sur la notion d'acte juridique pour indiquer comment nous l'entendons ici. Puisque c'est le terrain sur lequel nous allons examiner le jeu de la volonté, il faut, au préalable, le déterminer.

CHAPITRE PREMIER

L'ACTE JURIDIQUE

Il faut dégager une définition de l'acte juridique :

1^o Qui mentionne *l'intervention de la volonté*, sans préjuger sur le rôle qu'elle joue.

2^o Qui distingue l'acte juridique des autres actes de l'activité humaine, c'est-à-dire par laquelle l'acte juridique peut être clairement opposé à l'acte matériel.

§ 1. Désaccord sur le sens de l'acte juridique

Ses rapports avec « *negotium* », « *Rechtsgeschäft* »,
« *Rechtshandlung* ».

Sur le sens de l'expression acte juridique, l'accord est loin d'être parfait entre les auteurs, dans les pays où il n'y a pas une définition légale.

Le Code civil français ne donne aucune définition de l'acte juridique; il ne fait point usage de cette expression. Pourtant, les auteurs du Droit civil français, au moins les plus modernes, y consacrent de nombreux chapitres. Malheureusement les définitions doctrinales ne coïncident pas chez tous. C'est la raison pour laquelle nous croyons nécessaire de dire

ici ce que nous entendons par acte juridique, puisqu'il forme le domaine de nos développements subséquents.

Dans le Droit romain, l'expression générale d'acte juridique n'est pas usitée. Les Romains se servaient de termes spéciaux, comme *mancipatio*, *stipulatio*, etc., et ignoraient le terme général qui comprendrait toutes ces notions diverses¹.

Nous trouvons dans les *Institutiones* de Gaius que *omnis obligatio vel ex contractu nancitur vel ex delicto*², et dans les *Pandectes* : *obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*³, et aussi : *obligatum aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut jure honoraris aut necessitae aut ex precato*⁴.

Nous ne voyons donc nulle part une expression, un terme susceptible d'être traduit par les mots « acte juridique ». Le seul qui offre quelques rapprochements, c'est le mot *negotium*⁵; mais il a plusieurs significations⁶, et désigne quel-

1. Momferratos, *Droit des obligations*, Athènes (en grec), p. 287, note 2.

2. Gaj. 3.88, inst. § 2 (2.13), § 1, comp. (4.5) : θεοφ « ἡ ἀπὸ συναλλάγματός εἰσιν ἡ ὥσανει ἀπὸ συναλλάγματος ἡ ἀπὸ ἀμαρτήματος, ἡ ὥσανει ἀπὸ ἀμαρτήματος ».

3. Pand. 1 (44.7), Bas. 1 (50.1) : « αἱ ἐνοχαὶ ἡ ἀπὸ συναλλάγματος ἡ ἀπὸ ἀμαρτήματος τίχτονται, ἡ ἀπὸ εἰδικοῦ νόμου ἐκ διαφόρων θεμάτων »

4. Pand. (44.7), Bas. 2.52 (52.1) : « ἐνεχόμεθα ἡ πράγματι, ἡ ἐπερωτήσει, ἡ ἐκατέρω ἄμα, ἡ συμφώνῳ, ἡ νόμῳ, ἡ πραιτωρίως, ἡ ἀπὸ ἀμαρτήματος »

5. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 12^e édition, Paris, 1919-1922, t. I, p. 63, n° 118 : « Le mot *acte* tout court est souvent employé comme synonyme d'acte juridique. Il répond donc au mot *negotium* ».

6. Le terme *negotium*, quelquefois, désigne un acte matériel (Momferratos, *Droit des obligations*, § 78, n. 2) quelquefois, un acte de procédure (Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, t. I, § 135, not. 1).

quefois un rapport juridique¹, correspondant ainsi au mot grec² : συνάλλαγμα; ce terme n'est d'ailleurs pas complètement inconnu de la littérature française juridique. On le trouve dans l'expression : *contrats synallagmatiques*. Mais il ne saurait remplacer la désignation de l'acte juridique en général, car le mot « synallagmatique » suppose le concours de plusieurs personnes, et l'acte juridique peut se concevoir indifféremment avec ou sans le concours de plusieurs personnes.

En effet, l'acte juridique peut être unilatéral.

Les juristes français contemporains traduisent par : « acte juridique » le terme allemand *Rechtsgeschäft*³ qui fut employé, la première fois, dans le langage juridique allemand par Hugo⁴. Depuis, beaucoup d'auteurs allemands⁵ en font usage. Enfin, le Code civil allemand le consacre, puisqu'il intitule sa section III du livre I : *Rechtsgeschäfte*.

Si donc, ce qu'on appelle « acte juridique » en France correspond à *Rechtsgeschäft* du Code civil allemand, nous avons un moyen commode d'apprendre la signification du terme,

1. Momferratos, *op. cit.*

2. Momferratos, *Droit des obligations*, § 78, n. 2.

3. V. Code civil allemand, traduit et annoté (collection des principaux Codes étrangers), Paris, MDCCCIV, t. I, p. 99; J. Gruber, Code civil pour l'empire d'Allemagne avec la loi d'introduction, texte allemand avec traduction franç., 2^e édit., Strasbourg, 1900. Notons ici, que si les traductions précitées sont d'accord pour traduire le terme *Rechtsgeschäft* par acte juridique, elles ne sont pas d'accord sur la traduction du terme *Geschäftsfähigkeit*. La première, p. 99, traduit *Geschäftsfähigkeit* par : « de la capacité d'exercice des droits », la seconde le traduit par : « de la capacité de contracter ». Nous croyons que les deux traductions sont erronées. En effet, le terme *Geschäftsfähigkeit* est composé de : *Geschäft* et *fähigkeit* qui signifie capacité, donc le mot entier devrait signifier : capacité de *Geschäft*.

4. Hugo, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3^e édit., 1805; comp. Momferratos, *Droit des obligations*, § 78, n. 2.

5. V. pour la bibliographie des auteurs qui se sont occupés spécialement de la notion exprimée par ce terme, Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906, t. I, § 69 n. 1.

acte juridique : nous n'avons qu'à nous rapporter au Code civil allemand. Et encore, la définition de ce Code ne peut prétendre à s'imposer légitimement à la science juridique des autres pays. Mais le Code civil allemand ne donne pas de définition; il parle de *Rechtsgeschäft* comme d'un terme dont la signification va de soi et n'a pas besoin d'être précisée.

Il nous faudra donc recourir à la doctrine allemande pour trouver une définition du mot *Rechtsgeschäft* traduit en français par « acte juridique ».

Or, les opinions des auteurs allemands sont très divergentes quant au sens exact du terme *Rechtsgeschäft*¹.

Mais la question se pose de savoir si le mot acte juridique correspond vraiment au *Rechtsgeschäft* allemand ? Car, dans le langage juridique allemand, nous trouvons le terme *Rechtshandlung* qui a une signification différente de *Rechtsgeschäft*. Comment peut-on traduire en français le terme *Rechtshandlung* ? Nous croyons que l'expression « acte juridique » lui convient aussi.

Le mot *Rechtshandlung* a comme équivalent grec νόμική πράξις qui correspond étymologiquement à l'expression française : acte juridique et le terme *Rechtsgeschäft*, en grec δικαιοπραξία² n'a pas de traduction propre en langue française. Tout porte donc à croire que l'expression acte juridique correspond plutôt au terme allemand *Rechtshandlung* qu'à celui de *Rechtsgeschäft*³.

Or, la signification de ces deux derniers mots diffère; le

1. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch*, op. cit., § 69, n. 1.

2. Momferratos, *Droit des obligations*, § 78, n. 2.

3. D'autre part, on trouve dans des dictionnaires allemands-français le mot *Rechtsgeschäfte* traduit par : affaires (ou actes) judiciaires.

premier est plus large et englobe le *Rechtsgeschäft*. Pour plus de précision, nous renvoyons à Windscheid¹ qui énumère comme faits juridiques : *Die juristischen Tatsachen*. Les *Rechtsgeschäfte* sont définies, comme les déclarations de volontés privées qui constituent une des raisons de la naissance ou de la disparition ou modification des droits. Comme autre raison de cette naissance, disparition ou modification des droits, Windscheid cite les déclarations de volonté des juges et d'autres organes de l'Etat, et enfin, tout autre fait (*alle anderen Tatsachen*)².

Et M. Kipp qui a réédité le livre de Windscheid ajoute, à propos de ce qui précède, une note disant que : parmi ces autres faits, la première place est occupée par les actes de l'homme qui ne peuvent être compris dans la notion de la déclaration de volonté, ainsi que les omissions. Parmi ces actes, sont compris, non seulement l'acte illicite (*unerlaubte*) mais encore des actes licites auxquels il est reconnu la production des effets de droit (*rechtsfolgen*). Tous ces actes, ainsi que les *Rechtsgeschäften*, peuvent être désignés par le mot *Rechtshandlungen*³. Selon M. Kipp, il y a *Rechtsgeschäft*, quand

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, t. I, § 68, n. a.

2. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, § 68 : « Eine Uebersicht über die verschiedenen juristischen Tatsachen gewährt folgende Betrachtung. Einen vorzugsweise wichtigen Grund der Entstehung, des Unteranges und der Veränderung der Rechte bilden :

« 1. Die darauf gerichteten Privatwillenserklärungen; mannennt sie Rechtsgeschäfte. Ihnen stehen gegenüber;

« 2. Die Willenserklärungen des Richters und anderer Organe der Staatlichen Tätigkeit;

« 3. Alle anderen Tatsachen. »

3. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 68a : « Unter diesen anderen Tatsachen spielen eine hervorragende Rolle menschliche Handlungen, welche nicht unter den Begriff der Willenserklärung fallen, sowie Unterlassungen. Und zwar gehört dahin nicht bloss das im folgenden genannte unerlaubte Verhalten, sondern auch erlaubte und mit Rechtsfolgen ausgestattete Handlungen. Solche Handlungen kann man mit den Rechtsgeschäften als Rechtshandlungen zusammenfassen. Vgl. Höher, S. 210 fg. 216, Bekker, II, § 82.83; Dernburg, I, § 79, der aber Bürg. R., I, 106, II, von einer Scheidung zwischen Willenserklärung und realen Willensäusserungen nichts mehr wissen will; Regelsberger, I, § 118, IV, 1, und vorzüglich 129. »

l'acte est envisagé seulement comme une déclaration de volonté, et quand cette déclaration de volonté suffit pour que l'effet de droit se produise. Mais, lorsque, pour cet effet de droit, il faut, en plus de la déclaration de volonté, un effet réel, il ne s'agit plus d'un *Rechtsgeschäft*, mais d'un *Rechtshandlung*¹.

Un exemple éclaircira ce point : Dans le droit romain, le contrat de vente est un *Rechtsgeschäft* parce que la déclaration du vendeur et celle de l'acheteur suffisent à engendrer l'obligation, l'effet de droit né de la vente. Mais la *traditio* nécessaire à la transmission de la propriété de la chose n'est pas un *Rechtsgeschäft* mais un *Rechtshandlung*, terme plus général. Tout *Rechtsgeschäft* est un *Rechtshandlung*, mais tout *Rechtshandlung* n'est pas un *Rechtsgeschäft*. D'ailleurs, la délimitation de la notion du *Rechtsgeschäft*, dans celle plus vaste du *Rechtshandlung* est difficile².

En Allemagne donc, pour les termes *Rechtsgeschäft* et *Rechtshandlung*, comme en France pour l'expression « acte juridique », les sens donnés à ces vocables varient suivant les juristes.

Il n'existe donc pas de signification unanimement adoptée. Quant aux termes adoptés dans les deux pays que nous avons à comparer, leur définition se modifie suivant les courants d'opinions.

1. Windscheid-Kipp, I, § 68a : « M. E. sollte man von Rechtsgeschäften nur dort sprechen, wo die Erklärungen nur als Handlung des Willens in Frage kommt, wogegen man die Fälle, in denen die Erklärung eines Willens nicht genügt, sondern die Handlungen eines realen Erfolgs für die Rechtswirkung wesentlich ist, nicht Rechtsgeschäfte nennen sollte. »

2. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch*, op. cit., t. I, § 68a : « Schwierig ist die Abgrenzung des Kreises der Rechtsgeschäfte innerhalb des weiterender Rechtshandlungen. »

Notre principale raison de donner une signification de l'acte juridique consiste en ce qu'il n'y a pas de définition légale de cet acte, ni en France ni en Allemagne; par conséquent il s'agit d'une notion scientifique que la science du Droit a créée pour ses besoins¹.

Nous aurions pu, dira-t-on, donner cette définition scientifique; mais les divergences de sens nous obligent à choisir simplement une des nombreuses définitions, en la modifiant ou même d'en créer une originale. Dans pareils cas, en effet, nous devons dire avec Windscheid, non que l'acte juridique est ce'a ou cela, mais par acte juridique, nous entendons : cela et cela². La difficulté de définir l'acte juridique s'aggrave encore, quand on veut le situer dans le monde juridique, c'est à-dire lui donner la place qui permet de le distinguer des espèces dont l'acte juridique serait le genre; tels sont les conventions et les contrats³, et, d'autre part, les faits juridiques⁴.

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 69, n. 1.

2. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 61, n. 1 : « Genau genommer sollte man daher nicht sagen : Rechtsgeschäft ist das un das, sondern : unter Rechtsgeschäft verstehe ich das und das. »

3. Le Code civil français fait dans son article 1101 la distinction entre la convention et le contrat : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Donc la convention est le genre dont le contrat est l'espèce. Il serait très facile d'avoir une notion claire de ce que la loi entend par contrat si elle nous donnait également une définition de la convention. Mais la loi ne la donne point. D'autre part, le Code civil allemand parle du mot contrat (voir titre III : du contrat *Vertrag*) sans cependant en donner une définition et il n'emploie pas le mot : convention. Nous croyons que c'est à tort que les traducteurs du Code civil allemand rendent le mot *Vertragmässig* par : conventionnel (voir trad. des articles 1432 1433 à 1436). La traduction par : contractuel irait mieux, à notre avis.

4. Ce terme « fait juridique » est équivoque. V. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t II, n° 250 et s., où il dit que la notion de fait juridique est susceptible de revêtir : 1° Un sens général, c'est-à-dire : « tout événement engendré par l'activité humaine, ou purement matériel, pris en considération par le droit pour en faire dériver à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une

§ 2. Les Définitions à écarter.

Passons en revue, maintenant, certaines définitions données au sujet de l'acte juridique et voyons pourquoi nous ne pouvons les adopter.

A) Définitions données par les civilistes :

Baudry-Lacantinerie définit l'acte juridique comme « un acte accompli en vue de réaliser un ou plusieurs effets de droit, autrement dit, de faire naître, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit¹. »

Pareillement, M. Planiol dit : « On appelle actes juridiques les actes accomplis uniquement pour réaliser un ou plusieurs effets de droit². »

Nous ne qualifions point d'erronée cette définition, mais nous prétendons qu'elle est incomplète et assez vague. En effet, on nous dit que l'acte juridique est *un acte*. Mais cela est trop général. S'agit-il d'un acte réflexe, instinctif, volon-

situation juridique générale et permanente, ou, au contraire, un effet de droit limité³. Dans ce cas, l'acte juridique entre dans la catégorie des faits juridiques, dont il est l'espèce. 2° C'est le contraire de l'acte juridique : « on vise, en ce cas soit un événement purement matériel, tel que la naissance ou la filiation, soit des agissements plus ou moins volontaires, générateurs de situations ou de faits juridiques, sur le fondement d'une règle de droit, alors que le sujet de cet événement ou de ces agissements n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer, à leur occasion, sous l'empire du droit ». Il va de soi que, dans ce travail, nous avons pris les faits juridiques plutôt sous le premier sens, c'est-à-dire celui de l'expression allemande : *Die juristischen Tatsachen* et de l'expression grecque : *νομικά γεγονότα*. V. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, op. cit., t. I, § 67, pour qui : les faits juridiques sont les éléments des situations de fait sur la base desquelles s'accomplissent la naissance, la disparition et la modification des droits : « Die einzelnen Momente der Tatbestände auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht, sind die juristischen Tatsachen ». Comp. Momferratos, *Principes généraux du Droit civil*, 1915, Athènes, fasc. I, p. 289.

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, 12^e édit., Paris, Rec. Sirey, 1919-1922, t. I, n° 119.

2. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 9^e édit., Paris, 1922-1924, t. I, § 264; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., 1928-1931, Paris, t. I, n° 265.

taire ? Nous dira-t-on que c'est un acte volontaire puisqu'il est accompli *en vue de*, pour un but ? A la rigueur, nous l'accepterions, tout en discutant sur la question de savoir si le but seul suffit à caractériser l'acte volontaire. D'autre part, s'agit-il seulement d'une déclaration de la volonté, d'une promesse, ou encore d'un acte réel, matériel, fait dans un but quelconque, comme, dans le Droit romain, la *traditio*¹ ?

Dans le premier cas, la *traditio* n'est pas un acte juridique ; dans le deuxième cas, elle en est un. De toute façon, rien de cela ne ressort des définitions en question. Un autre grief que nous pouvons leur imputer, c'est qu'elles ne précisent point s'il s'agit de l'acte d'une personne privée, seulement, ou d'une personne publique, ou des deux à la fois.

La définition que Windscheid donne du *Rechtsgeschäft*, terme que l'on traduit en français par acte juridique, est plus explicite que les autres. *Rechtsgeschäft*, dit-il, est la déclaration de volonté privée qui se dirige vers la production d'un effet de droit, l'effet de droit étant compris comme la naissance, la disparition ou modification d'un droit, ou d'un ensemble de droits² ».

Cette dernière définition est plus franche que les précédentes quant aux points déjà critiqués, c'est-à-dire, le genre d'activité. Il s'agit ici d'une déclaration de volonté d'une part, et, d'autre part, d'une volonté privée. Mais la deuxième partie, « qui se

1. V. plus haut, p. 20.

2. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch*, op. cit., t. I, § 59 : « Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung... Das letzte Ziel der Rechtsgeschäfte ist immer die Entstehung der Untergang, die Veränderung eines Rechts oder eines Komplexes von Rechten) ».

dirige vers la production d'un effet de droit, » coïncidant avec les définitions susvisées « pour réaliser un ou plusieurs effets de droit, » « en vue de réaliser un ou plusieurs effets de droit, » prête aussi à la critique. En effet, ces définitions ont déjà pris parti pour la question du rôle de la volonté dans l'acte juridique; elles attribuent à cette volonté un rôle créateur des effets de droit. C'est ainsi que nous interprétons les mots : « production d'un effet de droit, » « réaliser un ou plusieurs effets de droit. » Nous croyons que les mots : créer, réaliser, produire, ont la même signification que : causer un effet de droit.

Or, nous ne voulons pas encore nous occuper du rôle que la volonté, élément constitutif de l'acte juridique, joue dans l'apparition de l'effet de droit.

D'un autre côté, les définitions en question ne précisent pas qu'un acte, une déclaration de volonté illicite, qui se dirige cependant vers la production d'un effet de droit, est, ou non, un acte juridique; exemple : Le meurtre, en vue d'une succession. Nous pouvons encore ajouter un autre grief.

Exemple : Supposons A qui détient une chose mobilière appartenant à B. Ce dernier, ayant en vue que A devienne propriétaire de cette chose, laisse passer le temps nécessaire, pour l'usucapion, sans réclamer son bien. Par suite, A devient propriétaire de cette chose. Supposons aussi que, devant témoins, B a déclaré sa volonté de ne pas réclamer la chose qui lui appartient, dans le but que A devienne propriétaire par usucapion. C'est une déclaration de volonté en vue d'un effet de droit. Cependant, nous ne saurions dire qu'il s'agit, ici, d'un acte juridique.

Cette remarque n'a pas seulement une valeur spéculative, mais encore une grande importance pratique. Il nous suffit de supposer le cas où B a fait l'acte en question par libéralité. Il faudrait savoir alors si cet acte est un acte de donation ou non, par conséquent si B pourrait révoquer cette donation pour cause d'ingratitude.

Des questions semblables peuvent se poser, par exemple, dans une affaire litigieuse : Un des plaideurs ne se présente pas à l'audience et il est jugé par défaut, s'il agit dans le but que son adversaire gagne le procès.

Autre cas identique : Un créancier laisse sa créance se prescrire pour que son débiteur n'ait rien à payer.

Nous croyons que dans ces divers exemples, il ne s'agit pas d'actes juridiques, car, en plus de la volonté, un autre élément intervient : le cours du temps. L'intervention d'un élément, autre que la volonté, ne détruit pas toujours la qualité de l'acte juridique. Souvent, outre l'acte de volonté fait, en vue de la production d'un effet de droit, il faut qu'un autre élément intervienne; par exemple, l'arrivée d'une date ou l'accomplissement d'une condition. Mais, ces éléments, nécessaires pour l'apparition de l'effet de droit ne sont pas eux-mêmes suffisants, tandis que, dans les exemples précités, le temps lui-même est suffisant pour que l'effet juridique apparaisse et cet élément rend inutile la manifestation de la volonté.

Pour parer à certains défauts des définitions précédentes, on a donné une autre définition du *Rechtsgeschäft* que l'on traduit souvent, en France, par acte juridique et, en grec, δικαιοπραξία. C'est la déclaration de volonté *privée* et *licite*, qui engendre *immédiatement* un effet de droit,

c'est-à-dire production, modification ou extinction d'un droit¹.

Ainsi *déclaration de volonté, volonté privée, volonté licite*, voilà certains des éléments exigés pour l'acte juridique. De plus, cette déclaration de volonté privée ou licite doit engendrer *immédiatement* un effet de droit. Ce mot *immédiatement* est mis pour exclure le cas où l'effet de droit n'est pas produit spontanément par la déclaration de la volonté, mais par autre chose, le temps, par exemple².

Nous n'acceptons pas, non plus, cette dernière définition de l'acte juridique, pour les raisons suivantes :

D'abord, parce qu'elle prend parti pour le rôle de la volonté dans l'acte juridique, un rôle producteur, créateur de l'effet de droit. Elle conçoit l'effet de droit comme naissance, modification ou disparition d'un droit. Cette conception de l'effet de droit nous amène, forcément, à celle de la *volonté cause*. En effet, le droit ne peut être considéré que comme un pouvoir de volonté. Or, si, dans l'acte juridique, la volonté n'a un rôle que par rapport au droit, c'est-à-dire au pouvoir de volonté, on arrive à la déduction que la volonté cause ce droit, ce pouvoir de volonté. Avec la conception de l'effet de droit, comme une phase du droit pouvoir de volonté, on arrive forcément à accorder à la volonté un rôle créateur de l'effet de droit dans l'acte juridique.

D'autre part, certains auteurs, surtout des publicistes français, donnent une définition de l'acte juridique beaucoup plus large que la précédente.

1. Momferratos, *Principes généraux du Droit civil*, op. cit., p. 288. Comp. du même auteur : *Droit des obligations*, op. cit., p. 290.

2. V. plus haut, p. 24.

B) *Certaines définitions données par les auteurs du droit public.*

M. Jèze, définit les actes juridiques « comme les manifestations des volontés d'individus — gouvernement, agents publics, particuliers — en exercice d'un pouvoir légal, et en vue de produire un effet de droit. Cet effet de droit est de créer une situation juridique, d'investir un individu d'une situation juridique déjà créée ou de constater une situation juridique préexistante¹. »

Nous voyons la différence, très grande, entre cette définition et les autres déjà mentionnées. Ici, il ne s'agit pas seulement de manifestations de volonté d'un particulier, mais aussi bien de gouvernants, agents publics. Ce n'est pas tout; ici encore, l'effet de droit, qui se trouve comme élément de l'acte juridique, n'est pas conçu, comme naissance, modification ou extinction d'un droit; mais, cet effet de droit est de « créer une situation juridique, d'investir un individu d'une situation juridique déjà créée, ou de constater une situation juridique préexistante ». Donc, différence profonde avec la conception traditionnelle de l'effet de droit. Comme nous aurons l'occasion de le voir, la situation juridique et le droit subjectif ne sont pas de même nature.

M. Jèze met en cause le rôle de la volonté dans l'acte juridique. Il semble ressortir de ce développement que la volonté joue un rôle créateur de l'effet de droit, dans l'acte juridique, au moins dans certaines catégories d'actes juridiques².

1. Jèze, *Les principes généraux du Droit administratif*, 3^e édit., Paris, Giard, 1914, chap. II, p. 19.

2. Jèze, *op. cit.*, p. 19 : Il distingue quatre catégories d'actes juridiques : 1^o Actes créateurs de situations juridiques générales (actes législatifs ou régle-

Mais M. Jèze n'est pas le premier, ni le seul, à élargir ainsi la notion de l'acte juridique. Avant lui, Duguit a conçu l'acte juridique comme un acte de volonté aussi bien privée que publique; et depuis, la tendance des publicistes le confirme.

Duguit définit ainsi l'acte juridique¹ : « Tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique, tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment donné ».

Même formule est donnée par M. Bonnard². Donc, il s'agit d'un acte de volonté, aussi bien de volonté privée que de volonté publique. Cela ressort d'ailleurs de l'économie générale du système de Duguit qui ne reconnaît pas aux volontés des gouvernants une nature autre que celles des gouvernés³.

La deuxième partie de la définition de Duguit : « Une modification dans l'ordonnement juridique » constitue ce qu'on appelle « effet juridique⁴ ». Nous voyons donc encore une autre conception de l'effet de droit qui diffère de la conception traditionnelle.

mentaires); 2° Actes créateurs de situations juridiques individuelles; 3° Actes investissant un individu d'une situation générale d'un statut (actes conditions); 4° Actes constatant une situation juridique générale ou une situation juridique individuelle, ou un fait (actes juridictionnels). Or, dans les deux premières catégories, l'auteur parle d'*actes créateurs*, mais nous croyons que même dans les deux dernières catégories le rôle créateur est impliqué; car le fait d'investissement d'un individu, d'une situation générale, d'un statut, est créé par la volonté, manifestée dans l'acte juridique. Nous pouvons dire la même chose pour les actes juridiques de la 4^e catégorie.

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 325 et s.

2. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, p. 33.

3. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 534 et s., 671 et s.

4. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, p. 33; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 326 et s.

« L'acte juridique, dit Duguit, est *tout acte de volonté* ». Jusqu'ici, nous avons vu l'expression « Manifestation de volonté ». Est-ce la même chose ? C'est assez discutable.

La *traditio* n'est pas considérée comme entrant dans la catégorie de l'acte juridique *Rechtsgeschäft*, mais seulement dans celle, plus vaste, de *Rechtshandlung*. Pourquoi ? Parce que la *traditio* n'est pas simplement une manifestation de volonté ; mais elle comporte quelque chose de plus, la réalisation de cette volonté. Et pourtant, personne ne peut contester que la *traditio* est un acte volontaire. Il s'agit de savoir si l'expression *acte volontaire* et *acte de volonté* sont identiques. Dans l'affirmative, la *traditio* (d'une chose vendue avec l'intention qu'il se produise un effet de droit et c'est un effet de droit, la transmission de propriété du vendeur à l'acheteur) est un acte juridique.

Une plus grande différence se précise entre l'acte juridique et ce qu'on appelle en Allemagne *Rechtsgeschäft*.

Une autre particularité de Duguit : L'acte juridique, c'est « tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique ». Il ne dit pas : « Avec l'intention de produire », mais « que se produise ». Donc, il n'attribue pas un rôle créateur à la volonté, ou plutôt il ne se prononce pas sur le rôle de la volonté ; mais nous savons, par ailleurs, que Duguit refuse à la volonté ce rôle créateur dans l'acte juridique.

Mais pour que la définition prenne encore moins parti sur le rôle de la volonté, il serait encore préférable au lieu de « avec l'intention qu'il se produise », de mettre : « avec l'intention qu'il apparaisse » un effet de droit. La formule de Duguit n'est pas non plus à l'abri des critiques précédentes

concernant le fait de savoir si la volonté doit être licite ou non, et aussi du grief exposé plus haut, imputable à certains auteurs, pour l'adjonction du mot *immédiatement* dans la définition de l'acte juridique.

§ 3. La définition admise.

Nous concevons l'acte juridique comme étant un acte de volonté licite, à la suite duquel un effet de droit apparaît immédiatement.

Les éléments de l'acte juridique seraient donc :

1° *Un acte de volonté*. Nous donnons à cette expression un sens plus large que celui donné à « manifestation ou déclaration de volonté ». Ainsi, quand je dis : Je veux remuer mon bras, d'une certaine façon, je déclare ma volonté de remuer mon bras, mais je ne fais pas l'acte de volonté. Au contraire, quand je remue mon bras, en faisant un mouvement volontaire et non instinctif ou réflexe, cela est à la fois *l'acte* de volonté et la *manifestation* de volonté de remuer le bras. Nous croyons que le meilleur moyen de déclarer une volonté, c'est de l'exécuter.

De toute façon, nous concevons l'acte juridique aussi bien comme manifestation de volonté que comme acte de volonté.

2° *Acte de volonté licite*. Ainsi, ne sera pas un acte juridique l'acte de volonté délictuel, à la suite duquel un effet de droit : la condamnation à réparer, peut apparaître.

3° Cet acte de volonté licite peut être indifféremment celui d'un gouvernant aussi bien que d'un gouverné, d'une

personne collective (morale, publique ou privée) que d'une personne individuelle.

Ainsi, entrent dans la notion d'acte juridique :

A) Les actes juridiques dits de droit privé, dont la plus grande place est occupée par le contrat et, plus généralement, par la convention.

B) Les actes juridiques de Droit public, qui seraient :

- a) La loi ou acte législatif;
- b) Les actes juridiques administratifs;
- c) Les actes juridictionnels;
- d) Les actes juridiques du Droit international public.

4^o Le dernier élément de l'acte juridique serait *l'effet de droit* qui apparaît à sa suite, et cette apparition de l'effet de droit doit suivre *immédiatement*¹ l'acte juridique.

A cette expression « effet de droit », nous donnons un sens très large. Nous avons vu que, dans certaines définitions données de l'acte juridique², on conçoit l'effet de droit comme la production, modification ou extinction d'un droit subjectif. Nous écartons ce sens restreint pour prendre comme base le point de vue de Duguit³.

Duguit⁴ conçoit l'effet de droit comme étant une modification à l'ordonnancement juridique. Il faut donc savoir ce qu'est l'ordonnancement juridique pour savoir ce qu'est un effet de droit.

Qu'est-ce donc que l'ordonnancement juridique ? Duguit l'a

1. V. plus haut, p. 25 et s.

2. V. plus haut, pp. 22 et s.

3. V. plus haut, pp. 27 et s.

4. Comp. aussi Jèze, *op. cit.*, pp. 51 à 52, d'après qui l'effet de droit est conçu comme une situation juridique.

défini ainsi : « J'entends par ordonnancement juridique ou d'un mot plus court et plus commode, par ordre juridique l'état social existant à un moment donné, d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré et les situations juridiques qui s'y rattachent. »

Donc, d'après Duguit, l'ordonnancement juridique serait composé :

1^o Des règles de droit; 2^o des situations juridiques.

Cette dualité d'éléments de l'ordonnancement juridique chez Duguit, procède du fait que Duguit conçoit que la règle de droit ne peut être qu'une règle générale, c'est-à-dire une disposition par voie générale et impersonnelle¹ et qu'il n'y a pas règle de droit dans la disposition par voie individuelle.

Cependant parmi les situations juridiques qui composent l'ordonnancement juridique, il existe bien d'abord des situations juridiques objectives qui naissent directement de la loi, qui sont la conséquence des normes et qui sont aussi dans la même mesure que la règle de droit, générales et permanentes².

Mais en dehors de ces situations juridiques objectives, il existe aussi des situations juridiques subjectives qui, à la différence des premières, sont spéciales et momentanées³ qui sont des situations individuelles, spéciales et temporaires⁴. Et derrière ces situations, comme derrière les premières, il y a aussi une règle de droit.

1. V. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 308.

2. Duguit, *op. cit.*, pp. 308 et s.

3. Duguit, *op. cit.*, pp. 312 et s.

4. Duguit, *op. cit.*, pp. 335 et s.

Or, c'est ce que Duguit se refuse à admettre. Il considère que dans la situation individuelle il n'y a pas de règle de droit, cette dernière impliquant essentiellement et exclusivement¹ des dispositions par voie générale. Il y aurait antinomie entre les termes : *règle* et *spécial*².

Mais comme le démontre fort bien M. Bonnard³, suivant en cela la doctrine de l'école de Kelsen, à côté des règles de droit générales et impersonnelles, on peut et même on doit admettre des règles de droit spéciales et individuelles⁴. « D'abord, cette exclusion de la norme individuelle, dit M. Bonnard⁵, paraît procéder d'une confusion entre la loi de la nature qui ressort du monde théorique et la norme qui ressort du monde pratique. La loi de nature ne peut être que générale et impersonnelle. En effet, elle est une loi de l'être et se propose d'établir la science de l'être. Or, il ne peut y avoir de science que du général. La connaissance empirique de l'être existe dans le spécial et l'individuel. Mais, la connaissance scientifique ne peut s'expliquer qu'en formule générale et impersonnelle. Il en est tout autrement de la norme. Il s'agit, en effet, dans la norme, d'exprimer non plus un être, un élément du monde théorique, mais un devoir-être de l'activité humaine, une direction dans le monde pratique. Or, si cette direction peut être donnée en forme gé-

1. Duguit, *op. cit.*, p. 326; Bonnard, *L'Origine de l'ordonnement juridique* (Mélanges Hauriou), pp. 31 à 77, tirage à part, p. 6; Bonnard, *La théorie de la formation du Droit par degrés dans l'œuvre d'Adolphe Merkle* (extr. de la *Revue de Droit public*, n° 4, 1928), p. 10.

2. V. Procès-verbaux de la séance de l'Institut international de Droit public du 20 oct. 1928, dans la *Revue du Droit public*, 1928, pp. 772 et s., où Duguit maintient son point de vue sur la généralité de la règle de droit contre la théorie contraire de Kelsen.

3. Bonnard, *L'Origine, etc.*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

4. Bonnard, *op. cit.*, p. 7, et la bibliographie confirmative que l'auteur donne à la même page, note 1.

5. Bonnard, *op. cit.* Comp. Bonnard, *La Théorie de la formation du Droit, etc.*, *op. cit.*, pp. 8 et s.

nérale et impersonnelle, il n'y a rien d'antinomique en soi à la formuler en termes spéciaux et individuels. Donc la norme spéciale et individuelle ne se heurte pas à une impossibilité logique. Par ailleurs, il existe, et ne peut pas ne pas exister, dans l'ordonnancement juridique, des règles de droit spéciales et individuelles... puisqu'il y a deux catégories de situations juridiques, les situations générales et impersonnelles et des situations spéciales individuelles. »

La conclusion de tout cela est que, ce qui constitue l'ordonnancement juridique, est l'ensemble des règles de droit (ou normes juridiques), aussi bien des règles générales et impersonnelles que des règles spéciales et individuelles, ces deux espèces de règles ayant la même substance mais sous deux formes différentes.

C'est sur la base de cette constitution homogène de l'ordonnancement juridique que s'établit la nouvelle théorie de la formation du droit par degrés¹.

Par conséquent, l'effet de droit qui apparaît à la suite d'un acte juridique se ramène, en définitive, à l'établissement d'une règle de droit, puisqu'il comporte une modification dans l'ordonnancement juridique et puisque l'ordonnancement juridique est fait tout entier de règles de droit produites les unes sous une forme générale, les autres sous une forme individuelle

L'acte juridique ainsi défini se distingue très nettement des autres actes de l'activité humaine.

Il se distingue d'abord des actes qui ne sont pas des actes

1. C'est la théorie du professeur Merkle exposée dans l'*Algemeine Verwaltungrecht*, Wien und Berlin, Springer, 1927; v. Bonnard, *La Théorie de la formation du Droit par degrés, etc.*, op. cit.

volontaires, par exemple des actes instinctifs, réflexes, etc...

Il se distingue aussi des actes volontaires *illicites*.

Enfin il se distingue des actes volontaires licites qui sont dits actes matériels parce qu'à leur suite il n'apparaît pas¹ ou n'apparaît, que d'une façon médiate², cet effet de droit qui consiste dans la production d'une règle de droit, générale ou individuelle. Dès lors qu'on trouve production volontaire et licite d'une règle de droit générale ou individuelle, il y a acte juridique.

1. V. Duguit, *Traité, op. cit.*, t. I, pp. 261.

2. V. plus haut, pp. 24 et s.

CHAPITRE II

LA CONCEPTION CLASSIQUE¹

Nous allons démontrer que cette conception classique du rôle de la volonté dans l'acte juridique procède de trois théories qu'il faut nettement distinguer. Ce sont :

1° La théorie de l'autonomie de la volonté qui se complète de la théorie de la liberté contractuelle. Ces deux théories forment la conception classique française du rôle de la volonté dans l'acte juridique ;

2° La conception de *Willenstheorie* allemande.

3° La conception dynamique de la volonté collective.

Ces trois conceptions constituent la théorie classique en général, à laquelle nous donnons le nom de « théorie dynamique de la volonté » ou « théorie volontariste ».

Après avoir précisé toutes ces notions, nous expliquerons le mécanisme de l'acte juridique d'après la doctrine classique en général.

1. Nous ne prenons pas le terme « classique » dans le sens du contraire de « romantique » et nous ne voulons point faire allusion ici à la discussion entre « classicisme » et « romantisme ». Nous prenons simplement le terme classique sous le sens commun, synonyme de *traditionnel*.

Section I.

**LA THEORIE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET
DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE.**

Il faut montrer que ces deux théories formulent la conception française du rôle de la volonté dans l'acte juridique. Pour cela, il y aura lieu de faire ressortir :

1° Que la conception des juristes, relative à l'autonomie de la volonté, ne doit pas être confondue avec la conception philosophique dégagée par Kant ;

2° Ce que les juristes entendent exactement par « autonomie de la volonté » et comment ils font découler cette autonomie de la notion de droit subjectif ;

3° Que la théorie de la liberté contractuelle se rattache à celle de l'autonomie de la volonté ;

4° Que la conception de l'autonomie de la volonté ne peut se baser sur certaines dispositions du droit positif et plus particulièrement sur l'article 1134 du Code civil.

§ I. La Notion de l'autonomie de la volonté d'après Kant.

Chez Kant, l'expression autonomie de la volonté est employée dans un sens précis. Il semble que les juristes aient emprunté ce terme à Kant. Ils en font un usage assez large, en donnant à ce terme des significations qui diffèrent beaucoup du sens kantien. Certains juristes employant ladite expression autonomie de la volonté, paraissent confondre¹ la signification

1. Gounot, *L'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912, p. 54, après avoir cité Kant, il écrit : « Voilà le droit au sens subjectif identique à la liberté, à l'autonomie de la volonté » et p. 53 où il dit que : l'Ecole française a

juridique avec la signification kantienne qui est purement morale¹.

Pour éviter cette confusion, nous ferons, ici, une analyse très sommaire de l'autonomie de la volonté chez Kant.

Kant lui-même précise cette notion, à différentes reprises : ainsi, dans la *Critique de la raison pratique*², il définit l'autonomie de la volonté comme « le caractère de la volonté pure, en tant qu'elle ne se déterminerait qu'en vertu de sa propre essence, c'est-à-dire, par la seule forme universelle de la loi morale, à l'exclusion de tout motif sensible³.

Aussi, dans le *Fondement de la métaphysique des mœurs*⁴ : « Cette propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi, indépendamment de la nature des objets du vouloir et des mobiles tirés du monde sensible où ces objets sont toujours situés »⁵.

D'après ce qui précède, nous voyons que l'autonomie de la volonté consiste en une volonté qui se donne la loi, volonté législative; mais cela signifierait aussi l'arbitraire, le caprice, si Kant supposait une volonté psychologique. Or, Kant ne vise qu'une volonté pure⁶.

considéré Kant « comme le théoricien par excellence de l'individualisme et du libéralisme juridique », et par conséquent de l'autonomie de la volonté, vu que M. Gounot semble comprendre l'individualisme et l'autonomie de la volonté comme synonymes. V. p. 27 : « La doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté ».

1. Il faut noter que chez Kant, la moralité et la légalité sont deux choses complètement distinctes. V. plus loin.

2. Kant, *Critique de la raison pratique*, liv. I, chap. I, prop. IV et s.

3. Sur l'autonomie de la volonté, selon Kant, v. en dehors des œuvres de Kant : Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire; les idées, la religion, les systèmes*, Paris, Leroux, 1896, t. III, pp. 394 et s.; P. Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3^e édit., Paris, Alcan, 1897, 2 vol., t. II, pp. 583 et s.; P. Janet et G. Seailles, *Histoire de la philosophie, les problèmes et les écoles*, Paris, Delagrave, 1887, p. 466; Delbos, *La philosophie pratique de Kant*, Paris Alcan 1905.

4. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. franç. par J. Barni, pp. 90-96.

5. Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire, etc.*, t. III, p. 324.

6. P. Janet, *Histoire de la science politique, etc.*, op. cit., t. II, p. 582.

Pour comprendre ce règne de la liberté, cette autonomie de la volonté, il serait nécessaire de dépouiller la volonté, d'une part, de toute la structure imposée par les conventions de la vie sociale, pour saisir la nature de la volonté humaine dans sa nudité et simplicité primitives; d'autre part, il faut supposer la volonté humaine affranchie de toute inclination sensible.

Kant dégage cette notion de la volonté pure, comme il prend conscience d'un principe pur¹ de l'entendement. c'est-à-dire en faisant abstraction de tout contenu empirique et en le réduisant à une forme pure, simple.

Cette volonté pure est libre à deux points de vue :

1^o Au point de vue *négalif*, cette liberté consiste en son indépendance de toute matière de vouloir. Si la volonté dépendait de ses objets, elle ne serait pas libre, mais hétéronome².

2^o Au point de vue *positif*, cette liberté consiste en ce que la volonté se donne une loi, c'est-à-dire une forme législative, universelle, une loi dont la maxime est susceptible d'être la même pour tous.

Cette liberté n'est pas un fait, une donnée immédiate de la conscience. En effet, une telle volonté se forme quand nous l'excluons de tout contenu empirique; par conséquent, c'est une idée, dans le sens donné à ce mot par Kant. (Voir sa *Critique de la raison pure* où il oppose l'idée au concept, lequel est déterminé par l'expérience, tandis que l'idée est indépendante de toute expérience).

Pour Kant, l'être qui agit d'après cette idée est réellement

1. Le terme « pur » chez Kant signifie qu'aucun élément empirique ne s'y mélange.

2. Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire, etc.*, op. cit., t. III, p. 324.

libre. La liberté est, en somme, une autonomie, à savoir une loi, que la volonté pure se donne; l'autonomie, en d'autres termes, est une idée rationnelle, conçue *a priori*, donc, en dehors de tout rapport avec les faits; et il ne faut pas chercher à l'affirmer par les données de l'observation.

Notons qu'entre la volonté pure et la volonté sensible, il y a une antinomie que Kant résoud, comme toutes les antinomies, par la distinction du *phénomène* (ici, la volonté sensible) et du *noumène* qui est la chose en soi (ici la volonté pure). Kant parlant de l'autonomie de la volonté, a donc en vue, non *l'homme empirique* (*homo phenomenon*) mais *l'homme nouménal* (noumemon).

C'est surtout dans le *Fondement de la métaphysique des mœurs* que Kant fait usage de l'idée d'autonomie pour établir le principe de morale, et il n'a la prétention d'établir là qu'un principe simplement *formel* de la morale.

Mais à cette morale formelle, il faut un contenu. Il se trouve dans la *Métaphysique des mœurs*, qui a, comme objet, l'homme empirique, dont Kant a fait l'étude dans deux de ses oeuvres *l'Etude de l'Anthropologie pragmatique* (du caractère de l'homme) et *l'Histoire Universelle* (étude des transformations de la société humaine sous l'influence des idées de Droit).

Après avoir médité ce qui précède, nous pouvons aisément comprendre que la théorie de l'autonomie de la volonté, telle qu'elle est conçue par les juristes, ne saurait être identifiée avec celle de Kant.

Les juristes, parlant de l'autonomie de la volonté, ont sûrement en vue la volonté réelle, telle que la psychologie la conçoit, volonté empirique, volonté sensible, et non volonté pure, au sens kantien.

Quand on cite l'autonomie de la volonté, à propos de l'article 1134 du Code civil, « les conventions font la loi des parties, on n'a point en vue des contractants hommes *noumenaux*, mais des hommes réels, *phénoménaux*, qui expriment leur volonté empirique, très souvent déterminée par des mobiles ou des inclinations sensibles. Si on visait ici, comme contractants, les volontés pures, qui établissent leur loi, nous n'aurions pas besoin du concours de plusieurs volontés; une seule volonté pure suffirait à établir la loi qui serait, de toute façon, la même pour tous, étant donné qu'une volonté autonome agit d'après une maxime universelle.

D'ailleurs, le Droit, même chez Kant, a en vue des volontés sensibles, dont il veut régler la conduite extérieure. Si les juristes veulent reconnaître une autonomie à ces volontés, c'est une autre affaire. Nous verrons si, logiquement, cela paraît légitime et n'est pas absurde; mais notre tâche ici était de séparer nettement la théorie de l'autonomie de la volonté *empirique* de celle de la volonté *pure* de Kant.

§ 2. La notion de l'autonomie de la volonté d'après les juristes

I. Notons, tout d'abord, que nous laissons ici, de côté, la notion de l'autonomie de la volonté, telle qu'on l'entend dans le Droit international privé, qui serait la liberté des contractants de choisir la législation à laquelle ils veulent soumettre leurs conventions¹.

1. Sur l'autonomie de la volonté en Droit international privé, voir : Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1927, p. 38; Niboyer, *La Théorie de l'autonomie de la volonté*, dans Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye, 1927, I, t. XVI de la collection, pp. 5 et s.; Olive, *Etude sur la théorie de l'autonomie en Droit international privé*, thèse, Paris, 1899; Aubry, *Domaine de la loi d'autonomie en Droit international privé*, *Journal de Droit international privé*, 1896, p. 465, 721.

Passons un peu en revue la plupart des auteurs français traitant de l'autonomie de la volonté¹. Remarquons que l'expression « autonomie de la volonté » n'est pas toujours seule utilisée par les auteurs français car, comme nous le verrons, ils emploient indifféremment les expressions : autonomie de la volonté, *Willenstheorie*, *Willensdogma*.

Ainsi Saleilles parle de *Willenstheorie*. Pour lui d'après la *Willenstheorie*² traditionnelle, la volonté aurait cette force qui lui est inhérente de produire des droits³. De la lecture des œuvres de Saleilles, il ressort que l'auteur comprend ainsi la *Willenstheorie* : « théorie qui considère la volonté comme cause *initiale* du droit⁴, et non en vertu d'une concession de la loi, comme une tolérance ou une fonction déléguée⁵ ».

Notons, pour éviter tout malentendu, que Saleilles n'est pas pour une *Willenstheorie* pure⁶, mais pour une *Willenstheorie* très ingénieusement modifiée par lui. Il suffit de rappeler ici, la distinction que Saleilles fait entre le *Wollenkönnen* et le *Wollendürfen*; il dit que la « *Willenstheorie* vise simplement

1. Nous choisissons, au hasard, l'expression *autonomie de la volonté*; nous aurions pu prendre indifféremment : théorie classique, *Willenstheorie* ou *Willensdogma*, étant donné qu'en France on considère ces termes comme synonymes.

2. Saleilles emploie souvent, au lieu de *Willenstheorie*, l'expression « autonomie de la volonté ». V. *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910, p. 543, 547, 618. V. aussi *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. 196.

3. Saleilles, *De la personnalité juridique*, pp. 547 et s.

4. Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 547.

5. Saleilles, *De la personnalité juridique*, pp. 550 et 618, où il écrit : « Du moment qu'il s'agit de volontés qui fonctionnent pour elles-mêmes, c'est un pouvoir autonome, sinon il n'y aurait que des volontés subordonnées, des pouvoirs fonctionnels, sous la dépendance absolue d'une autorité souveraine ». V. aussi pp. 20, 520, 543, 555. Comp. du même auteur : *De la déclaration de volonté*, op. cit., p. 165. Comp. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse, Montpellier, 1913, p. 1 où il cite le passage suivant de Saleilles : « Je veux, donc j'ai des droits ».

6. Saleilles, *De la personnalité juridique*, op. cit., p. 545.

un *Wollendürfen*, non un pouvoir de vouloir d'une façon indéterminée, mais pouvoir de vouloir le contenu du droit¹. Et il parle d'une autonomie de la volonté mise au service du droit² ».

Mais les passages antérieurement cités, de Saleilles, s'appliquent à la théorie traditionnelle, comme aussi le suivant : « Mais il ne faut pas dire que le droit est la volonté en acte ; ce qui impliquerait que toute volonté, par cela seul qu'elle est une volonté psychologique, se traduit à l'extérieur, et sous le rapport social, par un pouvoir juridique. Le droit serait une autonomie illimitée de la volonté, et c'est à cela qu'aboutit l'école individualiste. Il y aurait bien, si l'on veut, pouvoir de vouloir, comme l'on disait dans le système de la *Willens-theorie* mais non plus en ce sens que ce pouvoir réside dans la volonté, mais se réalise par la volonté³ ».

Duguit constate aussi que la théorie de l'autonomie de la volonté soutient « que le droit objectif reconnaît et protège la volonté humaine en soi, que cette volonté autonome s'impose en réalité à la souveraineté de l'Etat.... La personne humaine étant reconnue autonome, tout acte de vouloir qui émane d'elle, et dont l'exécution ne se traduit pas dans un acte matériel contraire au droit, doit être protégé... La volonté est protégée en soi et pour soi, parce qu'elle est une volonté⁴ ».

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 482. Si l'on veut, mais ce serait une théorie nouvelle qui n'est pas celle de la philosophie juridique française traditionnelle.

2. Saleilles, *op. cit.*, p. 543. Mais alors quelle singulière autonomie d'une volonté qui est mise au service du droit ! Nous croyons qu'il y a une contradiction entre ce passage de Saleilles et celui cité plus haut (note 5. p. 40) où il définit le pouvoir autonome comme le pouvoir des volontés qui fonctionnent pour elles-mêmes. V. *De la personnalité juridique*, p. 618.

3. Saleilles, *op. cit.*, p. 618.

4. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 366.

M. Gounot, parlant de l'autonomie de la volonté, dit « qu'il considère la volonté individuelle comme source *initiale* et indépendante du droit¹ », et le contrat « la manifestation la plus haute et la plus réfléchie de l'autonomie *initiale* du vouloir individuel² ». Il cite, à propos de l'autonomie de la volonté, M. Beudant qui dit : « Le droit c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté *inhérente à sa nature* de ne dépendre que de lui-même³ ».

Nous pouvons citer encore ici M. Dereux⁴ et le passage de Toullier par lui mentionné : « Les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme, elles existent indépendamment de la loi qui n'intervient après leur naissance que pour en garantir l'exécution ».

Presque tous les auteurs français⁵, parlant de l'autonomie de la volonté, prise dans son sens traditionnel, la conçoivent de la même façon que les juristes précités.

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 366. Comp. même ouvrage, p. 345 : « La doctrine traditionnelle dite doctrine de l'autonomie de la volonté... enseigne que la volonté est, par sa seule force, créatrice de l'effet juridique ». Comp. aussi p. 82 et s., 202, 358. V. aussi : Duguit, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e édit., 1920, pp. 52 et s., 3^e conférence consacrée à l'autonomie de la volonté; plus particulièrement, p. 57 et p. 84 à 85; Gounot, *L'autonomie de la volonté en Droit privé*, thèse, Dijon, 1912, p. 130. Voir plus haut, p. 38.

2. Gounot, *op. cit.*, p. 129.

3. Gounot, *op. cit.*, pp. 38, 73 et s.

4. V. plus loin, p. 46, note 1.

5. V. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse, Montpellier, 1913, p. 106, où il écrit : « Le premier élément de l'édifice social et juridique est l'homme considéré individuellement, c'est-à-dire une volonté libre. « Je pense, donc je suis », disaient les philosophes classiques; « Je veux, donc j'ai des droits », reflétaient les juristes classiques ». Aussi, pp. 122 et s., 130 et s. Comp. Saleilles, *De la personnalité juridique*, pp. 531; Fouillé, *Science sociale*, p. 416 : Qui dit contractuel dit juste ». On rattache souvent à Fouillé la théorie de l'autonomie de la volonté. V. Gounot, *op. cit.*, p. 73 et s.; Renard, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, Paris, Tenin, 1924, pp. 254 et s. où il écrit : « Autonomie de la volonté consiste suivant la philosophie révolutionnaire à ne dépendre que d'elle-même... L'autonomie individuelle consiste au pouvoir *inconditionné* qui n'a pas d'autres limites que l'égale liberté des autres ».

Telle est la conception qui est implicitement et explicitement soutenue par la grande majorité des civilistes français; c'est pour cela que nous l'appelons doctrine classique française.

II. Que conclure de tout cela ? La doctrine de l'autonomie de la volonté se compose des deux éléments suivants :

1° Elle postule que la volonté individuelle a un rôle créateur dans l'acte juridique, une force créatrice, c'est elle qui cause l'effet de droit qui apparaît à la suite de l'acte juridique¹;

2° Cette force créatrice de la volonté est initiale, inhérente à la nature de la volonté individuelle; c'est cette originalité de la force de volonté qui constitue son autonomie.

Deux grands jurisconsultes français, spécialistes en la matière, le doyen Duguit et M. Bonnard, ont nettement saisi la dualité susvisée.

Nous empruntons à Duguit quelques affirmations caractéristiques quant à l'existence de deux éléments dans la doctrine traditionnelle française, dite de l'autonomie de la volonté : « Mais la personne étant reconnue autonome, sa volonté ayant une force créatrice dans le domaine du droit² », écrivait-il. Donc première proposition : volonté autonome; deuxième proposition : volonté force créatrice dans le domaine du droit.

M. Bonnard est encore plus explicite : « L'autonomie de la volonté, dit-il, a pour fondement le dogme de la *Willens-*

1. Comp. aussi : Demogue, *Notions fondamentales du Droit privé*, op. cit. p. 286, où il écrit : « La volonté est à la base des actes juridiques privés »; R. Bonnard, *La conception juridique de l'Etat*, *Revue du Droit public*, 1922, p. 36; P. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, Lyon, 1911, p. 272; G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 301 : « Volonté cause immédiate du droit dans le domaine des actes juridiques »; Toullier, *passage précité*.

2. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 345-346.

theorie : la volonté cause créatrice de l'effet de droit produit par l'acte juridique. Or, cette volonté est autonome¹. Donc, *Willenstheorie* et autonomie de la volonté diffèrent.

On peut citer d'autres passages probants : « C'est alors que peuvent intervenir les idées de puissance créatrice de la volonté dans le domaine du droit et d'autonomie de la volonté². » Donc, d'une part, puissance créatrice de la volonté dans le domaine du droit, ce qui constitue le dogme de la *Willenstheorie* et d'autre part, « autonomie de la volonté ». Nous sommes donc amenés à conclure que la théorie classique, dans la doctrine française, est la théorie de l'autonomie de la volonté, celle qui postule, pour la volonté individuelle, une force créatrice dans le domaine du droit, force initiale, inhérente à la nature de cette volonté et, par conséquent, autonome.

III. — Pourquoi attribue-t-on un rôle créateur à la volonté dans l'acte juridique.

Cela procède des deux raisonnements suivants qui, au fond, n'en font qu'un. D'après le premier, ce rôle créateur de la volonté résulterait de ce qu'il y a production d'un droit subjectif; d'après le second, il résulterait de ce que l'acte juridique est accompli en vertu d'un droit subjectif, le droit subjectif étant conçu dans les deux cas comme pouvoir de volonté.

a) La doctrine classique française définit l'effet de droit qui apparaît à la suite d'un acte juridique, comme une modifi-

1. Bonnard, *La conception juridique de l'État*, *Revue du Droit public*, 1922, tir. à part, p. 43.

2. Bonnard, *op. cit.*, p. 36.

cation dans le monde des droits subjectifs qui s'attachent à une personne, c'est-à-dire, naissance d'un nouveau droit subjectif, extinction d'un droit subjectif déjà existant, ou enfin modification d'un droit subjectif¹.

D'autre part, d'après cette même doctrine, le droit subjectif est conçu comme un pouvoir de volonté².

Le fondateur de cette théorie est le célèbre juriste allemand Windscheid qui définit³ le droit subjectif comme la puissance de la volonté ou souveraineté (seigneurie⁴ de la volonté (*Willensmacht oder Willensherrschaft*). Et nous croyons avec Duguit⁵ que, le droit subjectif, ou n'est rien, ou est un pouvoir de volonté.

En effet, toutes les doctrines qui ont essayé de définir, d'une autre manière, le droit subjectif, n'ont pas réussi.

Il en est ainsi pour la conception dite de l'intérêt. Cette

1. V. plus haut, pp. 22 et s.

2. L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., Paris, E. de Boccard, t. I, p. 274 et s.; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1906, in-8°, 3 vol., t. I, § 37; F. de Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. franç. par Ch. Guenoux, Paris, 1840, 8 vol. in-8°, t. I, § 4, p. 7, 328, § 52; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit. par L. Trobas, Paris, Pichon et Durand, Auzias, 1924, 2 vol. in-8°, t. I, p. 7, 77; t. II, p. 384, note 1; H. Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil*, 4^e édit., Paris, 1923, n° 2, 74; R. von Ihering, *L'esprit du Droit romain*, trad. franç., 3^e édit., 1877, 4 vol. in-8°, t. IV, p. 316; R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*, Paris, A. Rousseau, 1910, pp. 500, 501, 520, 531; leçon 22, p. 470; Baudry-Lacantinerie *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., Paris, 1905 à 1909, 29 vol.; *Obligations*, par Bardé, 4 vol. t. I, n° 311; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-21, 2 vol., t. I, § 1; G. Jèze, *Cours de Droit public*, Paris, 1921, liv. I, chap. II; Bonnard, *La conception juridique de l'Etat*, *Revue du Droit public*, 1922, pp. 30 et s. du tirage à part; G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, pp. 295 et s.; A. Maher, *De l'autonomie, de la volonté individuelle quant aux modifications de contrat*, thèse, Montpellier 1913, p. 106; A. Lévi, *La société et l'ordre juridique*, Paris, 1911, p. 276 et s.; D. Pappoulia, *Principes généraux de Droit civil*, 1^{er} fasc., Athènes, 1921 (en grec), § 32.

3. Windscheid, *op. cit.*, t. I, § 37.

4. A. Lévi, *La société et l'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 278, traduit le terme *Willensherrschaft* par Seigneurie de la volonté.

5. Duguit, *Traité*, *op. cit.*, pp. 295.

doctrine proposée par Ihering¹, soutient que les droits subjectifs sont définis comme des intérêts juridiquement protégés². Mais elle a été vivement critiquée³. Windscheid lui-même, dans l'édition de son *Lehrbuch* faite après la publication des écrits de Ihering, maintient sa définition initiale du droit subjectif, — « malgré, dit-il⁴, les attaques qu'elle a subies pendant ces dernières années », — et oppose à la définition de Ihering que la substance (*substanz*) du droit subjectif ne consiste pas dans l'intérêt; car l'intérêt est le but du droit subjectif; et, dans une définition du droit subjectif, il n'appartient pas de faire figurer le but pour lequel le droit a été donné.

Il en est ainsi, également, pour la conception dite de « *la volonté et de l'intérêt combinés* ». C'est la conception qui, pour déterminer les éléments substantiels du droit subjectif, combine l'intérêt et la volonté⁵. Michoud⁶, définit le droit subjectif comme l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégés au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre.

De toute façon, la doctrine qui nous intéresse et qui a rapport avec la doctrine classique française est celle qui envisage le droit subjectif comme un pouvoir de volonté, comme une

1. Ihering, *L'esprit du Droit romain*, trad. franç., t. IV, p. 315.

2. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 326.

3. V. Kelsen, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, 1911, p. 571 et s.; Duguit, *Traité de Droit const.*, 3^e édit., t. I, p. 280 et s.; Lévi, *La société et l'ordre juridique*, Paris, 1911, pp. 285 et s.

4. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, Frankfurt, 1906, t. I, § 37, n. 3.

5. Cette doctrine a été soutenue en Allemagne par Bekker, *Zur Lehre von Rechtssubjekt*, *Jahrbücher für die Dogmatik iena XII*, 1873, pp. 1 et s. et en France par Michoud, *La Théorie de la personnalité morale et son application en Droit français*, 2^e édit. par Trottabas, Paris, 1924.

6. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 103.

force de la volonté individuelle. Et cette force de la volonté individuelle, de causer le droit subjectif, est originaire, initiale, inhérente à la nature même de la volonté individuelle. L'individu a des droits, car l'homme est doué d'une volonté qui dispose d'une force originaire et initiale, qui constitue le droit subjectif. C'est cette originalité de la force de volonté qui définit son autonomie¹. C'est une force première, inconditionnée, dont la mise en mouvement dépend de la libre spontanéité de son titulaire; elle s'oppose à la force dérivée qui caractérise l'hétéronomie.

De la combinaison de ces deux idées : 1^o Droit subjectif égal à force originaire (pouvoir) de la volonté individuelle; 2^o effet de droit conçu comme production, modification ou extinction d'un droit subjectif, se déduit le rôle créateur et autonome de la volonté individuelle, cause de l'effet de droit qui apparaît à la suite d'un acte juridique. Si le droit subjectif n'est qu'un pouvoir de volonté individuelle, en d'autres termes, la force de volonté individuelle, il en résulte que la volonté est la cause du droit subjectif, puisque ce dernier n'est que la force même de cette volonté. Sans la volonté individuelle, pas de droit subjectif. La volonté est le rapport du droit, la cause même du droit. Entre ce droit subjectif et la volonté il existe le rapport de cause à effet ; le droit existe parce qu'une volonté qui l'a causé existe avant lui. Le droit ne pouvant être conçu sans une volonté qui le cause prend forcément la forme et l'étendue que la volonté lui imprime.

1. C'est aussi l'opinion de M. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, pp. 156 et s., qui donne comme caractéristique de l'autonomie l'originalité de la puissance. Il identifie l'autonomie avec la pleine puissance originaire de domination. Comp. du même, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Rec. Sirey, 1931, p. 42 et s.

Si l'existence d'un droit ne peut être conçue sans une volonté qui le crée, la modification d'un droit subjectif ne peut pas non plus être sans une volonté qui produit cette modification.

En effet, une modification d'un droit subjectif est, en somme, ce même droit qui a changé de forme, et pour cela, une volonté qui, en déployant sa force, lui imprime cette nouvelle forme, est nécessaire. Nous pouvons en dire autant de l'extinction d'un droit qui n'est que l'anéantissement de la force de volonté. Mais tout cela n'est que l'effet de droit lui-même qui, d'après la conception classique, est défini comme la naissance, extinction ou modification d'un droit subjectif. Or, ce qui apparaît à la suite d'un acte juridique n'est qu'un effet de droit.

Donc si l'effet de droit ne peut être conçu que comme effet causal d'une volonté, il ressort que le rôle de la volonté dans l'acte juridique n'est que le rôle de cause de l'effet de droit.

C'est incontestablement la pensée de Baudry-Lacantinerie quand il dit : « Tel est, d'une manière générale, le rôle de la volonté dans le domaine du droit. C'est par les actes juridiques que cette volonté se manifeste. »

Comparer à ce sujet la définition que Windscheid a donnée du *Rechtsgeschäft* qui entre dans la catégorie plus vaste de l'acte juridique. « C'est, dit-il, la déclaration de volonté privée dirigée vers la production d'un effet de droit¹ et ailleurs : « *Reschtsgeschäft*, c'est la vérification de la force créatrice qui

1. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. I, § 69 : « *Rechtsgeschäft* ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung ».

appartient à la volonté individuelle dans la sphère de droit¹ ».

C'est également le sens donné par la majorité des civilistes français, à l'acte juridique. Nous n'avons qu'à nous rappeler les définitions déjà citées² de Baudry-Lacantinerie, Planiol, Capitant.

A proprement parler, la théorie de l'autonomie de la volonté n'est que celle qui postule l'existence de droits subjectifs conçus comme pouvoirs originaires de la volonté individuelle.

L'autonomie de la volonté, quant au rôle de la volonté dans l'acte juridique, qui soutient que, dans l'acte juridique, la volonté est la cause initiale des effets de droit, n'est qu'une modalité, une application spéciale de la première théorie, dans le domaine des actes juridiques.

b) L'autre raisonnement pour expliquer le rôle créateur de la volonté est le suivant. Les auteurs classiques disent que l'acte juridique est fait en vertu d'un droit subjectif, dont la personne est titulaire. D'après les mêmes auteurs, le droit subjectif est un pouvoir de volonté.

Donc, si l'acte juridique se fait en vertu d'un droit subjectif, c'est-à-dire d'un pouvoir de volonté, on en déduit que c'est la volonté qui crée les effets de droit apparaissant à la suite d'un acte juridique. Car, si l'acte juridique tout entier a comme cause la volonté individuelle, l'effet de droit qui n'est qu'une fraction de l'acte juridique a comme cause également cette même volonté.

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 69, note. 1a : « Das Rechtsgeschäft ist die Betätigung derdem privatwillen auf dem Rechtsgebiete zustehenden schöpferischen Kraft ».

2. Voir plus haut, p. 20.

§ 1. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle

Il est facile de concevoir que la liberté contractuelle, qui consiste à choisir librement l'effet de droit à produire, découle naturellement de cette autonomie de la volonté.

Il n'est pas juste de dire, comme on le fait souvent, que la liberté juridique est une espèce du genre liberté. D'ailleurs, ce terme liberté est équivoque. De quelle liberté parle-t-on vraiment? De cette liberté donnée par un libéralisme téléologique qui permet simplement une liberté d'action? Nous ne saurions déduire, de cette liberté, une liberté juridique. Cette dernière, en effet, ne fait qu'empêcher l'intervention de l'Etat dans l'activité des particuliers. Dans ce cas, une liberté juridique serait simplement un non-empêchement de la part de l'Etat, à l'égard du particulier accomplissant un acte corporel qui a la forme d'un acte juridique. L'Etat ne pourrait pas empêcher, par exemple, le particulier, de déclarer sa volonté de vendeur, devant un acheteur qui accepte; mais ce serait tout.

Parlant de libertés juridiques, nous demandons encore à l'Etat quelque chose de positif, de faire sanctionner cette volonté. Mais cela ne ressort point d'une quelconque conception de liberté.

Pour saisir cette différence, prenons un exemple :

A et B font un contrat qui est contre l'ordre public : un louage de service, pour la vie. Ils sont libres de le faire; personne ne peut les en empêcher. Mais leur acte restera un acte matériel; il ne produira point d'effets de droit et, par conséquent l'Etat ne sanctionnera pas cette volonté des contractants.

Mais une liberté juridique, dans le sens de liberté de faire

des actes de volonté, qui auront des effets juridiques, ressort logiquement de l'autonomie de la volonté qui suppose, nous l'avons vu, une liberté pour la volonté, d'agir comme force, comme cause des effets de droit.

C'est cette liberté que Duguit a en vue, quand il dit : liberté juridique ou l'autonomie de la volonté¹.

En effet, étant donné que la force de la volonté créatrice des effets de droit est originaire, première, initiale et non dérivée, sa mise en mouvement dépend de la libre spontanéité de son titulaire. C'est le propre de l'autonomie. Rien n'est nécessaire pour lui donner ce pouvoir qui lui est inhérent ; rien ne peut empêcher le déploiement de sa force, sinon l'égalité de force des autres volontés avec lesquelles elle peut entrer en conflit. En dehors de cela, le champ lui est complètement libre².

Par conséquent, la volonté créatrice sera libre dans le choix de la chose à créer. Elle aura le libre choix de l'effet juridique que sa puissance va créer. Pouvant créer, elle devra logiquement pouvoir créer ce qu'elle voudra.

Elle aura d'abord la libre initiative de la création. Elle sera libre de faire ou de ne pas faire l'acte juridique. Elle aura aussi liberté quant au contenu de la création. Elle sera libre de donner à l'acte juridique tel contenu qu'elle voudra.

Tout cela constitue les éléments de ce qu'on appelle la liberté contractuelle ou, d'une façon plus générale, pour ne pas se limiter au contrat, la liberté juridique.

1. Duguit, *Les transformations générales du Droit privé*, pp. 52 et s.

2. Comp. avec ce que nous disons sur le libéralisme par rapport à l'autonomie de la volonté, pp. 118 et s., et ce que nous disons à propos du principe de liberté de production des effets de Droit, chap. II, 2^e partie.

§ 4. La théorie de l'autonomie de la volonté et certaines dispositions des déclarations de droit et du code civil français.

Sur ce point, la confusion est grande parmi les auteurs.

On base habituellement la notion de l'autonomie de la volonté sur l'article 1134, alinéa I, du Code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » qui la consacre, paraît-il, implicitement¹. Certains auteurs y ajoutent l'article 6 et 1156², et d'autres, les articles 544, 902, 1123, 1134, 1594, 1598³, où le principe de l'autonomie est déduit *a contrario*.

Il faut ajouter, encore, l'opinion d'après laquelle l'autonomie de la volonté est implicitement reconnue, en dehors des articles du Code civil, dans l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme⁴.

Est-il vrai que ce principe se base sur les articles précédents, ou sont-ce, au contraire, ces articles qui se basent sur l'autonomie de la volonté ?

Si l'autonomie de la volonté est définie comme la souveraineté donnée par l'article 1134, à la volonté des parties

1. L. Duguit, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e édit., 1920, in-16, Paris, Alcan, pp. 54-55; et le passage suivant d'Hauriou : « Le principe de l'autonomie de volonté, posé par l'article 1134 du Code Napoléon... » cité par Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 345; Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1927, p. 9; Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse, Montpellier, 1913, p. 122; *Livre du centenaire du Code civil*, p. 48.

2. L. Duguit, *Les transformations générales du Droit privé*, op. cit., pp. 54-55.

3. Masseran, *De la liberté de l'acte juridique et de ses limites*, thèse, Montpellier, 1904, chap. I.

4. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif. Essai critique*, 2^e édit., 2 vol. 1919, Pichon et Durand-Auzias, t. II, pp. 151-152; Masseran, *De la liberté de l'acte juridique, etc.*, op. cit.

contractantes¹, nous croyons qu'une pareille définition est la négation même de la notion d'autonomie.

Car précisément, par définition, c'est un pouvoir initial qui caractérise l'autonomie, un pouvoir donné étant la caractéristique de l'hétéronomie.

Si donc, il existe une véritable autonomie, celle-ci ne peut être concédée ni par le Code civil, ni par la Déclaration des Droits de l'homme.

M. Gény est logique en disant que « l'autonomie de la volonté est implicitement *reconnue* par l'article IV de la Déclaration des droits de l'homme².

Les conséquences auxquelles nous sommes conduits différent, selon qu'on accepte l'une ou l'autre de ces interprétations.

En effet, si nous admettons que les articles précités sont le fondement de l'autonomie de la volonté, nous concluons logiquement à une autonomie de la volonté qui n'a, en fait, rien d'autonome; telle, la prétendue autonomie de la volonté que M. Josserand nous présente ainsi dans son Droit civil³ :

« C'est le principe d'après lequel la volonté qui répond aux trois conditions suivantes :

1^o Lorsqu'elle est juridique, c'est-à-dire lorsqu'elle a une signification juridique que la loi exige ;

2^o Lorsqu'elle est exempte de certains vices, vices d'ailleurs que la loi précise s'il en est besoin ;

3^o Lorsqu'elle est liée à une autre volonté (l'existence de ce besoin est jugée par la loi) ;
est douée d'efficacité elle produit des effets juridiques ».

1. *Livre du centenaire du Code Napoléon*, p. 48.

2. Gény, *Méthode d'interprétation, etc.*, op. cit., t. II, pp. 151 et s.

3. Josserand, *Cours de Droit civil positif français*, Paris, Rec. Sirey, 3 vol. in-8°, 1928-1930, t. I, pp. 79 et 84.

Il ne faut pas réfléchir beaucoup pour s'apercevoir, qu'ainsi présenté, ce principe est plutôt celui de l'*hétéronomie* de la volonté.

Cependant, si nous ne voulons parler que de la notion qui se dégage de la seule interprétation littérale des articles du Code civil¹, le terme autonomie est choisi à tort, pour la désigner.

Si, au contraire, on conçoit l'autonomie de la volonté comme un principe antérieur à ces articles, et simplement reconnu par eux, alors, on doit essayer de dégager les éléments constitutifs de ce principe, en dehors de ses dispositions. Ce ne seraient pas les articles du Code civil et de Déclaration des droits qui donneraient un sens à ce principe, mais, au contraire, ce principe d'autonomie servirait, dans une certaine mesure, à donner une signification à ces dispositions du droit positif.

Il nous faudrait examiner, dans quelle mesure, en donnant même une interprétation assez large des articles du Code civil, nous pourrions y découvrir la consécration d'une autonomie véritable de la volonté.

Nous nous bornons à l'examen de l'art. 1134 du Code civil, vu que c'est surtout sur cet article que les auteurs se basent. Dans l'article 1134, § I^o, nous lisons : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Nous répondons : Pas même l'article 1134 du Code civil ne consacre une théorie pareille à celle que nous critiquons. Les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas consacrer un prin-

1. Telle n'est pas l'opinion de M. Josserand qui, p. 84, t. I de son *Cours de Droit civil positif français*, affirme que le principe de l'autonomie de la volonté domine incontestablement « tout notre droit et lui imprime une allure essentiellement libérale ».

cipe qui est, d'une façon flagrante, contraire à la morale, puisqu'il reconnaît à un individu le droit d'exploiter ses semblables et, par conséquent, de traiter l'homme, non comme une fin en soi, mais comme un moyen. En effet, tel serait le principe posé par l'article 1134 du Code civil disant : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Car une pareille disposition ne tiendrait compte que des volontés des contractants seulement, et indépendamment de leurs motifs et objets. Mais l'article 1134 contient un autre terme qui lui donne une autre signification et qui, nous pouvons dire, consacre un principe inverse puisqu'il ne donne pas un pouvoir jurigène à toute convention, c'est à-dire à toute manifestation de volontés concordantes, mais aux conventions légalement formées. Donc, un élément de légalité se pose¹ ici. Sont seules valables les conventions conformes aux lois. Le terme « loi » ne peut être pris ici dans son sens positif, mais dans son sens général qui s'identifie avec le terme « règle de droit ». Et il y a, en effet, des lois qui limitent les volontés des parties contractantes et qui essayent d'empêcher les exploitations mutuelles des contractants.

Nous allons même plus loin et nous disons que l'article 1134 du Code civil ne limite pas seulement les volontés des parties contractantes, mais il octroie à ces volontés le pouvoir de produire des effets de droit. Et il serait nettement impossible de concevoir *à priori*, sans une disposition juridique, ce pouvoir jurigène de la volonté.

1. Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1927.

Section II.

LA WILLENSTHEORIE ALLEMANDE

Il ne faut pas confondre la notion de *Willenstheorie* allemande telle que nous allons ici l'exposer, avec cette *Willenstheorie* d'après laquelle, dans l'interprétation des actes juridiques, on doit chercher la volonté interne et ne pas se borner à la déclaration de la volonté¹. Avec cette signification la *Willenstheorie* s'oppose à la théorie de la déclaration de la volonté. *Willenserklärung* ou *Verkehrs-Vertrauensstheorie*².

1. Selon cette théorie, un accord entre la déclaration et la volonté est indispensable, autrement l'acte juridique ne peut pas exister; ni volonté sans déclaration, ni déclaration sans volonté ne peuvent produire un effet juridique. Voir : Momferratos, *Droit des obligations*, Athènes, t. I, p. 370 et 370, note 1 (en grec); cf. les auteurs cités par Windscheid-Kipp, *Lehrbuch, etc.*, § 75, not. 1a; Windscheid. Wille und Willenserklärung dans *Archiv. f. civ.*, pr. LXIII, p. 92; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, p. VII, où il est écrit : « L'un (système) surtout mis en relief par Savigny, qui fait prévaloir dans tous les cas la volonté vraie du déclarant, puisque c'est cette volonté seule qui doit produire l'effet de droit qui se trouve en cause, système désigné sous le nom de la théorie de la volonté, donc la prédominance de la volonté psychologique... »; Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1925-1931, t. VI, p. 212, n° 373; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e édit., Paris, Dalloz, 1923-1925, 3 vol., t. II, pp. 310 et s.; Bonnecase, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, par G. Baudry-Lacantinerie, *Supplément*, Paris, Tenin, 1924-1929, 5 vol. parus, t. II, n° 412; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 301 et s.

2. Selon la théorie de la déclaration de la volonté le fait qui décide de l'effet de droit n'est pas la volonté vraie du déclarant. C'est la volonté, telle qu'elle apparaît raisonnablement à celui à qui elle s'adresse. Cette théorie a été appelée en Allemagne *Werkehrs-Wertrauensstheorie*. Elle a été soutenue par Schall, *Der Parteiwille, im Rechtsgeschäft*, 1877; Schlossmann, *Vertrag*, pp. 80 et s., 85 à 150; Thon, *Rechtsnorm und Subjectives Recht* (Weimar, 1876), pp. 354, 258 et s. Voir : Windscheid-Kipp, *op. cit.*, *Lehrbuch*, t. I, § 75, note 1a et bibliographie y afférente; Momferratos, *Droit des obligations*, t. I, p. 370, note 2; Dernbourg, *Pandekten*, 2^e édit., Berlin, 1885, § 99, note 2; Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, t. I, § 240; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. VII, où il est écrit : « L'autre (système contraire à celui de la volonté) qui fait prévaloir la volonté, même fictive, qui ressort de la déclaration sur la volonté vraie... système connu sous le nom de système de déclaration »; Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, p. 512 et s.; Bonnecase, *Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire. Eléments de clinique juridique*, Paris, Tenin, 1926, n° 116; *Traité théorique et pratique de Droit civil*, par Baudry-Lacantinerie, *Supplément*, t. II, n° 402-404; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, p. 353 et s., thèse, Paris, 1905.

Ici, nous prenons le terme *Willenstheorie* dans un sens parallèle à celui de l'autonomie de la volonté, telle que nous venons de la préciser — dans un sens parallèle, mais non dans un sens identique, car les deux conceptions ne coïncident pas.

§ I. La confusion de la conception de la *Willenstheorie* allemande avec la doctrine classique française ou autonomie de la volonté.

Beaucoup d'auteurs confondent la notion de *Willenstheorie* allemande avec la notion d'« autonomie de la volonté ». Saleilles, dans son livre sur la *Personnalité juridique*, précise la *Willenstheorie* en disant : « Cette théorie, non seulement exige pour le droit une volonté qui l'exerce, mais elle postule que ce droit s'identifie en quelque sorte avec la volonté elle-même, dont il serait un attribut essentiel : ce serait la volonté vue sous le rapport social. » Et il ajoute : « C'est une théorie qui se rattache à la philosophie de la déclaration des droits de l'homme, philosophie qui implique l'existence des droits inhérents à la qualité d'homme¹ ».

Nous ferons remarquer ici que Saleilles appelle *Willens-theorie*, ce que les autres appellent autonomie de la volonté. Car, en effet, la volonté ici tire sa force d'elle-même, à cause de l'essence des droits (lesquels ne sont que des attributs de la volonté) inhérents à la qualité d'homme.

Saleilles dit, page 555, même livre, que la conception d'après laquelle le droit est une chose qui existe en soi (comme un

1. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 520.

pouvoir inhérent à l'individu, s'imposant du chef de l'individu, et supérieur par là-même à l'ordre juridique) est celle qui a inspiré les théoriciens de la déclaration des Droits de l'homme et, en Allemagne, certains partisans de ce qu'on appelle la *Willenstheorie*.

Or, ce sont Savigny et Windscheid, en Allemagne, qui sont considérés surtout comme les partisans de la *Willens-theorie*.

Nous ferons, plus loin, la critique des propositions de Saleilles; auparavant, nous citerons d'autres auteurs où la confusion des deux notions dont il s'agit est manifeste.

Chez M. Gounot, par exemple, avec la seule différence que M. Gounot emploie l'expression autonomie de la volonté là où Saleilles use du mot *Willenstheorie*, pour englober aussi bien la doctrine française que la doctrine allemande. Dans la page 3 de sa thèse, il définit l'autonomie de la volonté comme l'efficacité propre du vouloir individuel; page 2, il dit : « La volonté individuelle possède donc, dans le domaine du droit, une véritable puissance créatrice » et il note : « Cf. Windscheid, n° 167 : L'acte juridique est la manifestation de la puissance créatrice qui appartient à la volonté privée dans le domaine juridique. » Il considère donc Windscheid comme partisan de l'autonomie de la volonté.

Signalons que, d'après M. Gounot, la théorie de l'autonomie de la volonté se rattache à la théorie individualiste classique¹, théorie d'après laquelle le droit n'est autre chose que cette liberté initiale et souveraine qui appartient à tout

1. Gounot, *L'autonomie de la volonté en Droit privé*, thèse, Dijon, 1912, p. 27, où il met comme titre du 1^{er} chapitre de sa thèse : « La doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté ».

homme. « De la volonté libre tout procède, à elle tout aboutit¹ ».

Donc, on arrive logiquement à la conclusion que Windscheid est le leader de l'autonomie de la volonté, telle que M. Gounot et la doctrine française l'entendent.

M. Dereux², non plus, ne fait aucune distinction entre la théorie française et allemande. « Telle est, dit-il, la théorie générale qui domine en Allemagne, comme en France, au milieu du xix^e siècle. »

En Allemagne, elle a été exposée magistralement par Savigny.

La seule différence que M. Dereux établit est purement nominative. Il ne donne à la théorie en question ni le nom de *Willenstheorie*, comme le fait Saleilles, ni celui de l'autonomie de la volonté adopté par M. Gounot, mais tout simplement celui de *théorie classique*.

Il ressort clairement de tout cela que l'auteur vise une théorie pareille à celle des juristes précédents, celle qui considère la volonté comme cause *originnaire* de l'effet de droit³.

La preuve en est que pour mieux faire comprendre la signification de la doctrine classique, en France, M. Dereux cite, à la page 300, un passage caractéristique de Toullier : « Les

1. Gounot, *op. cit.*

2. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris 1905, p. 298.

3. V. par exemple, p. 296 où il dit que la doctrine classique qui « considère la volonté comme la cause du droit se déduit de l'idée que « l'homme est libre, par nature ». Et plus loin : « Le principe naturel, celui qui n'a pas besoin d'explication, tant il est évident, c'est que la volonté est souveraine. La liberté est un droit naturel. Ce sont les limitations de la liberté qui ont seules besoin d'être expliquées. Voir p. 297 où il considère que d'après la théorie classique « l'autonomie de la loi n'est pas supérieure à la volonté individuelle; en réalité en est issue ». Car, l'autorité de la loi vient de la « convention nationale » d'un « contrat politique ».

obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme; elles existent indépendamment de la loi qui n'intervient, après leur naissance, que pour en garantir l'exécution. »

M. Caleb¹ aussi, dans sa thèse, paraît confondre pareillement la *Willenstheorie* des auteurs allemands qui correspond, dit-il, « à la doctrine classique des juristes individualistes français². »

Nous ne saurions prétendre à épuiser la liste des auteurs dans l'esprit de qui cette confusion est manifeste³.

En résumé, d'après ce qui précède, il y a une tendance très prononcée à prendre, l'une pour l'autre, ces deux notions qui, malgré leur similitude, ne sont pas absolument identiques. D'un côté, « l'autonomie de la volonté » telle que nous l'avons définie plus haut, et, d'autre part la *Willens theorie* allemande.

Cette dernière a, comme représentants en Allemagne, les grands jurisconsultes Savigny et Windscheid; la première est implicitement ou explicitement soutenue par la grande majorité des civilistes français.

Nous prétendons qu'admettre l'identité de ces deux conceptions dont l'une appartient à la doctrine française et l'autre à la doctrine allemande, c'est mal interpréter l'histoire des doctrines juridiques.

1. Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté, etc.*, op. cit., p. 15.

2. Caleb, op. cit.,

3. V. par exemple Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911, qui, parlant de *willensdogma*, dont le but était de mettre la volonté à la direction du droit où le droit « n'aura plus d'autre rôle que de reconnaître et de sanctionner des effets voulus parce qu'ils ont été voulus », renvoie à Savigny.

§ 2. Les fondateurs de la Willenstheorie allemande et l'autonomie de la volonté individuelle.

Savigny et Windscheid n'ont jamais soutenu une théorie d'autonomie de la volonté individuelle. Ils n'ont jamais affirmé que le droit est un *pouvoir originaire* de la volonté des individus. Et nous allons même plus loin, en assurant que ces éminents juristes, comme d'ailleurs la grande majorité des juristes allemands, ne pouvaient conclure à une telle autonomie de la volonté des particuliers. Il y avait, pour cela, impossibilité logique, car ces auteurs soutenaient une autonomie de la volonté de l'Etat. Et il y a antinomie absolue entre l'autonomie de la volonté de l'Etat et l'autonomie de la volonté des individus.

En effet, la théorie allemande, telle qu'elle est conçue par Savigny et Windscheid, n'est point identique à la théorie française représentée par la majorité des juristes civilistes.

Savigny et Windscheid ont professé la théorie dynamique de la volonté individuelle, celle qui, en termes généraux, considère le droit subjectif comme produit d'une volonté, laquelle volonté est cause de droit subjectif, et par conséquent cause efficiente de l'effet de droit apparaissant à la suite d'un acte juridique, exactement comme la conception de l'autonomie de la volonté. Cette théorie reconnaît donc à la volonté la puissance de créer des droits subjectifs¹. Mais *celle force de*

1. Savigny, *Traité de Droit romain, op. cit.*, t. I, p. 381, où il parle de la « volonté comme base fondamentale des rapports de droit ». Windscheid, *Lehrbuch, op. cit.*, t. I, § 68, n. 1. Comp. § 63, où Windscheid dit : « que le droit naît, s'éteint, se modifie, c'est-à-dire que la situation de fait à laquelle l'ordonnement juridique rattache l'être, le non-être ou l'être d'une autre façon, d'un droit, se réalise concrètement. De cette situation de fait, on dit alors que c'est elle qui produit, transforme le droit; mais le principal facteur de ces phé-

la volonté individuelle n'est point originaire, initiale, inhérente à la nature de la volonté, c'est *une force secondaire, octroyée par la loi*, c'est-à-dire par la volonté du législateur.

Nous avons comme preuve certains passages, très explicites, des œuvres de ces auteurs et d'autres qui, implicitement, nient ce pouvoir originaire de la volonté.

Savigny, dans son traité de Droit romain, en critiquant l'emploi, par certains juristes allemands, du mot autonomie, dit : « La phraséologie dont je fais ici la critique repose sur une erreur semblable à celle qui confond les actes servant de base aux rapports de droits avec les sources du droit¹ ». Et, dans une autre citation, on lit : « Placer sur la même ligne les lois et les contrats, regarder les contrats comme sources du droit, c'est confondre toutes les idées² ».

D'autre part, Savigny ne pouvait être pour la théorie qui reconnaît un pouvoir originaire à la volonté, car il rejette l'idée du droit originaire³ et n'admet que des droits acquis⁴.

nomènes c'est la disposition qui est liée avec cette situation de fait ». Et, dans la note 1 du même paragraphe, il ajoute : « que c'est une chose qui est partiellement méconnue dans les habitudes du langage, d'après laquelle on fait une distinction entre la naissance du droit par la loi et par la déclaration de la volonté... ». Comparer aussi, § 529, n. 1, où il écrit, à propos de successions, que : quand on fait la distinction entre la succession *ab intestat* qui est la succession par la volonté de la loi, et la succession testamentaire qui est la succession par la volonté du testateur, c'est une impropreté du langage comme, d'ailleurs, celle relative à l'acquisition des droits en général.

1. Savigny, *Traité de Droit romain*, *op. cit.*, p. 113, note c.

2. Savigny, *Traité de Droit romain*, *op. cit.*, t. I, § 6, p. 12 et § 6, note b, où l'auteur remonte jusqu'à Cicéron pour trouver cette confusion dans l'histoire et conclut : « Le mot autonomie, à cause de ses diverses significations, a beaucoup contribué à la première de ces erreurs », c'est-à-dire l'erreur de ranger le contrat parmi les sources du droit.

3. Savigny, *op. cit.*, t. I, p. 332.

4. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. III, p. 1 : J'ai déjà dit (§ 52) que la science du droit n'a pour objet que des droits acquis. Cela signifie que les rapports de droit dont nous avons à étudier le sens n'existent pas comme tels, au fond de la nature humaine, mais viennent du dehors s'y ajouter ». C'est donc clair que, pour Savigny, il s'agit d'une hétéronomie et non d'une autonomie. Comp. p. 2 où il dit : « Les droits acquis peuvent être des droits innés », c'est-

Windscheid est du même avis que Savigny. Il enseigne que, quand les droits proviennent de la volonté, cette volonté est cause efficiente (*causa efficiens*) de l'effet de droit; mais c'est la loi qui lui a attribué ce privilège de produire des effets de droit. « Nous avons déjà observé, dit-il, que même dans le premier cas (où l'on considère que les droits ont comme source, la volonté humaine) le principal facteur n'est pas la volonté de l'homme, mais la volonté de la loi qui lui a octroyé le privilège de la production des effets de droit¹. »

Windscheid ne pouvait pas d'ailleurs, en raison de sa conception du Droit public, être pour une théorie comparable à celle que les civilistes français appellent autonomie de la volonté, théorie qui reconnaît une autonomie à la volonté individuelle.

Car Windscheid opte pour la suprématie de l'Etat dont la toute puissance doit faire le droit².

En résumé, nous ne prétendons pas qu'il n'y ait aucun rapport entre ces deux théories : *Willenstheorie* allemande et « autonomie de la volonté ». Nous prétendons, au contraire, que les deux doctrines ont une idée commune. Mais il existe aussi une différence qui change la physionomie de chacune d'elles.

En effet, la *Willenstheorie* allemande, comme on l'a vu, en-

à-dire des droits qui commencent à l'instant même de la naissance, car ils se fondent précisément sur le fait même de la naissance accompli dans des circonstances déterminées. « Mais ces droits ne sont pas originaux, mais acquis. En d'autres termes, accordés par le Droit à l'occasion du fait de la naissance.

1. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch*, § 68, n. 1, où il cite Bülow qui combat la théorie d'après laquelle la volonté subjective produit des effets de droit par sa propre force (*Machivolkommenheit*). Voir dans la même note, bibliographie concernant la question.

2. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, t. I, § 14 : « Gesetz ist der Ausspruch des Staates dass Etwas Recht sein soll ».

seigne, d'une façon générale, que la volonté des individus est la cause du droit subjectif, et plus particulièrement dans les actes juridiques, cette volonté est la cause des effets juridiques.

La doctrine française aussi, enseigne exactement la même chose. Voilà l'idée commune. Mais là où les deux doctrines se séparent, c'est sur l'origine de cette force de la volonté individuelle cause du droit subjectif. La doctrine allemande soutient que cette force dérive du droit objectif. Dans la doctrine française, la force de la volonté individuelle serait une force initiale inhérente à cette volonté, ne dérivant d'aucune source externe, rendant ainsi la volonté pleinement autonome.

La doctrine française postule donc une vraie autonomie de la volonté individuelle. La doctrine allemande, au contraire, aboutit à une véritable hétéronomie de la volonté individuelle, ou tout au moins à une autonomie relative.

Remarquons d'autre part, qu'en ce qui concerne la volonté de l'Etat, la doctrine allemande, contrairement à la doctrine française, conclut à une autonomie complète, comme on le verra plus loin.

Dans la conception française, la volonté autonome est la volonté de l'individu; la volonté de l'Etat est hétéronome, sa force étant basée sur la volonté autonome des individus et sa fin étant de servir cette autonomie de la volonté individuelle.

D'une façon générale, schématique, nous pouvons dire qu'au point de vue de l'origine de la force de volonté jurigène la doctrine française est absolument le contraire de la conception allemande. Dans celle-ci, le *prima* est la volonté de l'Etat; dans la conception française, le *prima* est la volonté indivi-

duelle. La force, ici, ne pas va de l'Etat à l'individu, mais de l'individu à l'Etat.

§ 3. Incompatibilités de la conception française sur l'Autonomie de la volonté avec la conception allemande de l'Etat.

Il n'entre pas, dans notre sujet, de faire un exposé complet de cette théorie générale de l'Etat qui a été longtemps la théorie dominante en Allemagne et qui peut-être l'est encore. Il est cependant nécessaire d'en indiquer les traits essentiels pour accuser davantage l'opposition entre les conceptions allemande et française sur le rôle de la volonté dans l'acte juridique.

On sait que depuis Hegel surtout, l'idée de Droit comme fin de l'Etat disparaît en Allemagne. Déjà, avant Hegel, Fichte conçoit l'Etat comme étant uniquement une force qui garantirait les droits individuels. Il revendique pour l'Etat, un rôle plus actif¹. Il considère l'Etat comme l'instrument de la culture sociale².

Après Fichte, la pensée allemande se modifie et adopte des principes très éloignés de ceux de la Révolution française³. La philosophie de Droit, d'Hegel, y pénètre profondément.

Nous n'avons pas ici l'intention d'étudier sa philosophie politique et juridique⁴. Nous en donnerons simplement quelques aperçus sommaires.

1. G. Richard, *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, Paris, Colin, 1914, pp. 35 et s.

2. G. Richard, *op. cit.*, p. 47.

3. G. Richard, *op. cit.*, p. 47-48.

4. Pour la formule de la philosophie de droit de Hegel, voir : Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes oder Naturrecht und Staats-Wissenschaft in*

Pour Hegel, la loi des intérêts privés est le conflit qui déchire la société civile¹. Cela conduit au paupérisme, à l'aversion du travail, à l'insécurité de la classe industrielle, sous le régime de la concurrence, à la privation pour la classe pauvre, et au luxe pour les riches². Telle est la première idée d'Hegel.

Deuxième idée : l'Etat n'est pas soumis au Droit, mais, au contraire, c'est le Droit qui est une création de l'Etat.

Les fins individuelles sont sacrifiées à l'Etat³. L'individu doit s'absorber dans l'Etat comme le particulier à l'universel. Le droit objectif est, pour Hegel, le droit subjectif de l'Etat, c'est-à-dire le pouvoir de volonté de l'Etat. Donc, Hegel accorde l'autonomie à l'Etat qui représente la raison univer-

Grundrisse Hegel's Werke, 8 Band (Duncken und Humbolt, Berlin, 1833); Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel*, Paris, Giard et Brière, extrait de la *Revue du Droit public*, n° 2 et 3, avril et septembre 1918; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I; p. 100; Richard, *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, p. 51 et s., et la bibliographie que Duguit donne, p. 40, n. 2, de son article précité.

1. Par société civile, Hegel n'entend pas l'Etat mais son antithèse; c'est le commerce des hommes— l'ensemble des rapports qui naissent de la division du travail. Voir Richard, *La Question sociale, op. cit.*, p. 52 et Richard, *Sociologie générale et les lois sociologiques*, Paris, Doin, 1912, pp. 28, 34, 40, 145, 152, 163. Hegel conçoit une distinction entre la société et l'Etat et, d'une façon plus générale, entre la société et la communauté. Sur la différence de ces deux notions, voir Richard, *La sociologie générale et les lois sociologiques, op. cit.*, pp. 22-27, et surtout chap. IV, p. 145 à 182 : entre l'Etat et les sociétés civiles il y a la même différence qu'entre les particuliers et l'universel. Comp. Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel, op. cit.*, tirage à part, p. 44, où il écrit : « Enfin si l'on pose l'individu humain, c'est la thèse, dont l'antithèse est la société civile. Société civile et individu sont des contradictoires... Mais les deux contradictoires s'unifient et se concilient dans la puissante synthèse qu'est l'Etat ». Cela veut dire que « l'individu humain n'est une réalité que dans et par l'Etat. S'il en est ainsi, la toute-puissance sans limites de l'Etat ne peut être une atteinte aux droits de l'individu, pas plus qu'elle ne peut être une atteinte à la société civile, car la réalité de l'individu et la société civile sera d'autant plus grande que l'Etat sera plus puissant et plus fort ».

2. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Reiches, etc.*, *op. cit.*, §§ 190 et s.; Richard, *La question sociale, etc.*, *op. cit.*, p. 53-54.

3. Richard, *La question sociale, etc.*, *op. cit.*, pp. 177 à 178 : « Le droit objectif se confond pour Hegel, avec le droit subjectif de l'Etat qui, en dignité et en puissance, prime le droit subjectif de l'individu ». Comp. p. 58 : « L'Etat n'est plus le gardien des droits individuels, mais le bras séculier d'une raison impersonnelle, supérieure à toute loi, logique ou morale ».

selle. Toute puissance de l'Etat : absorption complète de l'individu par l'Etat.

C'est cette philosophie qui a influencé, en grande partie, la pensée allemande¹.

En effet, après Hegel, deux courants d'opinions, sur l'Etat, se sont formés en Allemagne : d'abord, l'Ecole dite de la Démocratie sociale, dont les principaux représentants furent Lasalle et Karl Marx. Cette Ecole se base sur la première idée énoncée par Hegel, l'idée que l'Etat est sorti du conflit des intérêts des classes.

Mais nous jugeons nécessaire de rappeler en quelques lignes les idées essentielles de l'autre Ecole, formant le deuxième courant précité, et qui a pris le nom de : Ecole de la Politique réaliste (*realpolitik*).

Cette Ecole, représentée par Rochau, Treitsche, Ratzel, Gumplowitz et Ratzenhoffen, a développé l'autre aspect de la politique d'Hegel, qui montre l'Etat chargé d'une destination à la fois nationale et universelle. Ici, nous laissons de côté le point de vue concernant la destination universelle de l'Etat, laquelle doit être le développement de la force de l'Etat et sa tendance à dominer l'univers par le moyen de la guerre. Cela intéresserait plutôt le Droit international public et ici

1. Richard, *La question sociale, etc.*, p. 51; Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel, op. cit.*, p. 40; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 100; Levy-Bruhl, *L'Allemagne depuis Leibnitz*, Paris, 1890, p. 389 : « Peu de systèmes ont aussi profondément marqué leur empreinte sur les idées, les mœurs et l'histoire même d'une nation. Si l'hégélianisme n'a pu subsister comme corps de doctrine, — il est intenable, en effet au point de vue spéculatif, — son influence se retrouve partout, dans le domaine de l'action, mais diffuse et pour ainsi dire au second degré, s'exerçant par l'intermédiaire des hommes d'Etat, des publicistes, des historiens surtout. Beaucoup l'ignorent ou la nient, qui en sont eux-mêmes imprégnés. Quand on jugera de plus loin et d'ensemble les transformations de l'Allemagne au XIX^e siècle, le rôle de l'influence hégélienne se détachera pour ainsi dire de lui-même ».

nous ne voulons parler que des idées relatives au Droit public interne.

Or, indépendamment des différences de détails entre les représentants de cette Ecole, l'idée commune est l'impossibilité d'assigner à l'Etat une fin rationnelle. L'Etat n'est pas une force destinée à servir le Droit ; c'est une force semblable aux forces physiques.

« Der Staat ist Macht », disait un des adeptes de cette Ecole¹. L'Etat comme force vit une vie qui lui est propre. C'est un « moi » antérieur et supérieur aux citoyens pris individuellement. Ce n'est pas le peuple qui constitue l'Etat, mais au contraire c'est l'Etat qui garantit et protège la vie de son peuple. L'Etat ne vit pas par la bonne volonté des citoyens mais par leur obéissance. La force est l'essence de l'Etat comme l'amour est l'essence de la famille, la foi, l'essence de la religion.

Traduite en langage juridique, cette doctrine est la pure doctrine étatiste qui reconnaît un pouvoir de volonté illimité à l'Etat.

Nous croyons que la doctrine exposée par les grands juristes allemands, tels Laband et Jellineck, qui soutient que l'Etat a une volonté propre, dont la force constitue la souveraineté, n'est, en somme, que la doctrine de la *realpolitik* entendue par un juriste.

Ce que la doctrine réaliste appelait purement et simplement force brutale de l'Etat, la doctrine juridique l'appelle puissance de la volonté de l'Etat².

1. Cité par Duguit, *J.-J. Rousseau, Kant et Hegel*, p. 2.

2. Ihering, *L'Evolution du Droit (Zweck im Recht)*, trad. franç. de la 3^e édit. allemande, par de Meulenaere, Paris, Mareseq, 1901. Comp. plus bas.

Les juristes qui, plus tard, ont voulu, comme Iehring¹ et Jellinek², atténuer l'absolutisme de cette doctrine, n'ont pas réussi.

En effet, Ihering, malgré tout, aboutit à la conclusion que : ne sont règles de Droit que celles que l'Etat investit de ce caractère³. Sa théorie d'autolimitation ne nous conduit point à une véritable limitation⁴. Et Iehring avoue lui-même, que si l'intérêt d'Etat consiste à se dégager des normes qu'il s'est imposées, il le peut.

Jellinek aussi, on le sait, a fait pareil effort en élaborant plus ingénieusement la doctrine de l'autolimitation, qui n'a pas obtenu de meilleurs résultats que celle de Iehring².

En effet, il est impossible de concevoir, pour l'Etat, une limitation qui provient de lui-même, comme il est également impossible de concevoir une autonomie qui reçoit sa règle du dehors.

Nous n'insisterons pas davantage là-dessus⁵, et nous concluons donc qu'en Allemagne, la grande majorité des juristes reste fidèle à la théorie étatiste, qui est, en somme, la théorie qui conçoit le droit objectif comme un pouvoir originaire de la volonté de l'Etat⁶, comme un droit subjectif originaire de l'Etat, droit que la volonté de l'Etat peut créer librement.

1. V. plus loin, II^e partie, chap. III.

2. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, trad. franç. par Fardis, Paris, 1911-1913, 2 vol. in-8°.

3. Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. I, pp. 311-313. Comp. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 101-643.

4. Voir plus loin, II^e partie, chap. III.

5. Pour plus amples renseignements sur la doctrine de l'autolimitation, voir Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 104, 105, 642 à 645, 652, 697. Aussi son article sur la doctrine allemande de l'autolimitation de l'Etat, *Revue du Droit public*, 1919, pp. 161 et s. Sur la doctrine étatiste, voir Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 94 et s., 100 et s. Comp. plus bas,

6. V. plus haut, p. 50 et 50 note 1.

Il existe une véritable autonomie de la volonté de l'Etat, c'est-à-dire un pouvoir initial et non octroyé.

Les individus sont absorbés dans l'Etat, et nous ne voyons pas comment on pourrait reconnaître une autonomie à la volonté individuelle, autrement dit, un pouvoir originaire de créer des droits¹.

Windscheid même, comme nous l'avons constaté plus haut, avoue que, si l'on reconnaît des pouvoirs de volonté (des droits subjectifs) aux individus, c'est par une sorte de concession de la loi.

Nous supposons avoir réussi à expliquer que la *Willens-theorie* allemande conçoit la volonté comme cause de droit subjectif, une cause secondaire, tirant sa force du droit objectif, lequel, par ailleurs, est un droit subjectif de l'Etat, un pouvoir de la toute-puissante volonté de l'Etat.

Section III

LA THEORIE DYNAMIQUE DE LA VOLONTE COLLECTIVE.

Les deux conceptions précédentes : l'autonomie de la volonté et la *Willens-theorie* allemande, ne visent que la *volonté individuelle* et son rôle dans l'acte juridique. Aussi, nous avons voulu les comprendre dans une commune expression et plus générale, formant le genre dont ces deux théories seraient l'espèce, et nous avons pour cela proposé : *conception dyna-*

1. Comp. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, trad. franç. par Fardis, t. I, p. 541, où il dit que « le droit public.. confère à tout sujet juridique une certaine puissance ».

mique de la volonté individuelle, théorie qui postule que la volonté individuelle possède une force dont le déploiement causerait l'effet de droit qui apparaît à la suite d'un acte juridique.

Et, selon que cette force est originaire ou dérivée, nous nous trouvons dans la théorie de l'autonomie de la volonté (théorie classique française) ou dans la *Willenstheorie* allemande.

Mais, outre ces doctrines, il en existe d'autres qui soutiennent que, en dehors des volontés individuelles, il y a des volontés collectives qui jouent un rôle créateur des effets de droit, apparaissant à la suite d'un acte juridique fait par les personnes collectives (morales) titulaires de ces volontés. Nous nous proposons d'appeler ces théories : *théories dynamiques des volontés collectives*.

Elles se divisent en deux catégories :

1^o Celles qui ont rapport aux personnes morales du Droit privé;

2^o Celles qui ont rapport aux personnes morales du Droit public, plus particulièrement à l'Etat ou Nation considéré comme personne morale.

§ 1. La théorie dynamique de la volonté collective des personnes morales privées.

Cette théorie reconnaît, par extension, aux collectivités privées ou aux fondations¹, des droits subjectifs. Ces droits seraient les pouvoirs de la volonté collective de ces collecti-

1. Cpr. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 384, p. 1 : « La *Willenstheorie* qui voit dans la volonté cristallisée du fondateur le support de la fondation ».

vités ou de ces fondations lorsqu'elles sont constituées en personnes morales et douées ainsi d'une volonté propre.

Cette théorie reconnaît par conséquent, au même titre et par le même raisonnement que les théories précédentes, que cette volonté de la personne morale, lorsqu'elle se manifeste dans des actes juridiques, joue un rôle de cause efficiente de l'effet de droit produit.

A cet égard, on rencontre une opposition d'idées analogue à celle déjà constatée entre la doctrine française et la doctrine allemande. En effet, selon une doctrine qui cadre avec la doctrine allemande de *Willenstheorie*, la volonté de la personne morale dispose d'une force jurigène. Mais cette force ne peut être que dérivée, octroyée par la volonté de l'Etat. Au contraire, dans une autre doctrine qui s'inspire de la théorie classique française, cette force de la volonté des personnes morales est originaire. Du fait de la seule existence de la personnalité, il y a cette force jurigène dans sa volonté. Comme le remarque Michoud, « ce pouvoir de la personne morale dérive de son existence même et n'est pas créé par le Droit. Il n'est pas donné, mais laissé au groupe¹ ».

Comme on le verra plus loin, cette conception de la personnalité morale a été nécessitée par cette idée que l'effet de droit est une modalité d'un droit subjectif conçu comme pouvoir de volonté.

§ 2. La théorie dynamique de la volonté collective de la personne morale Etat ou Nation.

Cette doctrine postule que l'Etat (pour la théorie allemande), la Nation (pour la théorie française) nous verrons plus loin

1. Michoud, *op. cit.*, II, p. 2, n° 168.

la différence de ces deux théories — est une personne morale douée d'une volonté propre, dont la force constitue un droit subjectif spécial de cette personne morale que l'on désigne sous le nom de souveraineté.

Ainsi, les effets de droit qui apparaissent après un acte juridique de droit public fait par cette personne morale, ne sont que des productions, modifications ou extinctions, en d'autres termes, des modalités de ces droits subjectifs, c'est-à-dire de la force de volonté de cette personne morale.

Par là, le rôle que cette volonté joue dans l'acte juridique est, au même titre que pour les autres théories, un rôle de cause efficiente de l'effet de droit apparaissant à la suite de cet acte.

Nous verrons, plus loin¹, comment la doctrine dynamique de la volonté individuelle, aussi bien la doctrine allemande de *Willenstheorie* que la doctrine française de l'autonomie de la volonté, nous conduit, nécessairement, à cette conception de la volonté collective de la personne morale Etat ou Nation.

Nous verrons aussi² que la doctrine allemande et la doctrine française sur la personnalité morale titulaire de la souveraineté diffèrent entre elles.

Notons aussi, tout de suite, que ces deux doctrines, en ce qui concerne l'origine de la force jurigène de la volonté de cette personne morale, ont la même différence que celle que nous avons rencontrée, pour les mêmes doctrines, à propos de la force jurigène de la volonté individuelle, mais d'une

1. V. plus loin, II^e partie, chap. III.

2. V. plus loin, II^e partie, chap. III.

façon inverse. Ainsi, tandis que pour la doctrine allemande cette force jurigène de la volonté étatique est originaire initiale, inhérente à sa volonté (chose qui arrive pour la volonté individuelle dans la conception de l'autonomie de la volonté), pour la doctrine française, cette force de volonté de la personne morale Nation est dérivée; elle procède de la force des volontés individuelles qui ont une volonté initiale.

Section IV.

LE MECANISME DE L'ACTE JURIDIQUE SELON LA DOCTRINE CLASSIQUE.

D'après la doctrine classique, le rôle de la volonté dans l'acte juridique, au sens très large que nous lui avons attribué, dans le premier chapitre, est un rôle de cause efficiente de l'effet de droit qui apparaît à la suite de tout acte juridique, soit de l'acte juridique du Droit privé, soit de celui du Droit public.

Pour la théorie dynamique de la volonté, l'acte juridique est un mouvement de la volonté qui serait la cause de l'effet de droit.

Pour la théorie de l'autonomie de la volonté, étant donné que la volonté est force et cause première, originaire, initiale, inconditionnée, et n'a, par conséquent, rien qui lui soit antérieur et qui règle son activité, tout mouvement de cette volonté cause un effet de droit, une modification de droit subjectif, puisque ce droit n'est que le pouvoir de la volonté individuelle; en d'autres termes, ce droit n'est qu'une certaine forme que la volonté individuelle imprime à sa force en la déployant.

Nous pouvons dire exactement la même chose pour la théorie allemande concernant la volonté de l'Etat par rapport à ce droit subjectif spécial désigné sous le nom de souveraineté.

Mais nous pouvons en dire autant de la *Willenstheorie* allemande. Ici la volonté individuelle crée, aussi, l'effet de droit, avec la différence que cette volonté tire sa force jurigène de la volonté étatique. C'est la même différence qui sépare la théorie française concernant la personne morale Nation dont la volonté est cause de ce droit subjectif spécial, appelé souveraineté. Car, dans cette théorie, la volonté de la Nation tire sa force de celle des individus qui la composent.

Nous exposerons le mécanisme de l'acte juridique selon la théorie de l'autonomie de la volonté. Pour l'exposé du mécanisme de l'acte juridique, selon les autres doctrines qui entrent dans la catégorie générale de la conception classique, nous indiquerons simplement sa différence avec celui de l'autonomie de la volonté.

§ 1. — Le mécanisme de l'acte juridique selon la théorie de l'autonomie de la volonté.

Nous avons vu que, d'après cette doctrine, la force jurigène de la volonté individuelle est inhérente à cette volonté; c'est une force originaire, inconditionnée. Il appartient donc à la libre spontanéité de cette volonté de créer des effets de droit, de les modifier ou de les éteindre selon son bon plaisir. En d'autres termes, dans cette théorie, la volonté individuelle, non seulement a une force créatrice, non seulement elle peut créer des effets de droit par des actes juridiques, mais elle

est aussi autonome, libre d'une liberté d'indifférence, dans son pouvoir de création.

S'il n'y avait dans le monde qu'une seule volonté individuelle, le mécanisme de l'acte juridique selon la théorie de l'autonomie de la volonté serait bien simple. Dans l'acte juridique, les effets de droit se produiraient d'une façon unilatérale, arbitraire, par la seule force de la volonté individuelle qui serait omnipotente. La force jurigène de cette volonté n'aurait aucune limite.

L'acte juridique serait ici, tout mouvement de la volonté individuelle, qui, en déployant sa force, causerait une modification de la sphère que la force de cette volonté constitue à un moment donné.

Mais la coexistence d'autres volontés individuelles modifie et complique le mécanisme ci-dessus de l'acte juridique.

Supposons, tout d'abord, deux volontés individuelles. Prenons le cas où, pendant que l'une de ces volontés reste inactive, l'autre étend indéfiniment sa force. Il arrivera un moment où la force de cette dernière volonté se heurtera à celle de la première qui occupe déjà une certaine étendue. Que se passera-t-il alors? Cela dépend de la solution donnée aux questions suivantes :

1^o La force de ces deux volontés individuelles est-elle de même intensité ?

2^o La force de volonté individuelle, en se développant, garde-t-elle cependant la même intensité, augmente-t-elle en raison directe, ou diminue-t-elle en raison inverse de son étendue?

Les théoriciens de la doctrine classique n'ont pas médité longuement là-dessus. Ils ont postulé l'égalité des volontés individuelles sans bien préciser ce point.

En disant simplement que les deux volontés sont d'égale force, cela ne nous aide point à comprendre le mécanisme de l'acte juridique, si, en même temps, nous n'avons pas résolu la deuxième question formulée ci-dessus.

En admettant que l'intensité de la force de la dernière volonté individuelle augmente en raison directe de son étendue, cette volonté, en s'étendant, anéantirait la première volonté.

Supposons, au contraire, que la force de cette volonté diminue en raison inverse de son étendue. En déployant sa force, elle s'arrêterait au point de rencontre de la force de l'autre volonté.

Mais dans ce deuxième cas, si cette autre volonté voulait, à son tour, augmenter le volume de sa force, elle pourrait repousser la force de la première volonté jusqu'au point où l'équilibre s'établirait entre ces deux forces. Jusqu'ici, l'acte juridique n'aurait rien de ce qu'il signifie habituellement ; car, dans le premier cas, l'une des volontés, en augmentant l'étendue de sa force, en même temps que son intensité, anéantirait l'autre, ou le droit de cette dernière ne dépendrait que de la bonne volonté de la première ; dans le deuxième cas, le volume de la force de l'une de ces volontés ne pourrait dépasser le point où les deux forces s'équilibrent, à moins que l'autre volonté le permette et en tant qu'elle le permet.

Avec ces systèmes, l'inégalité de l'étendue des droits des individus dépendrait de la bonne volonté ou plutôt du caprice des volontés qui ont les droits les moins étendus.

Il est impossible que la théorie classique française ait accepté ces deux suppositions.

Il ne reste donc que la dernière hypothèse, plus probable,

comme la seule capable de fonder une théorie de l'acte juridique. Elle consiste à dire que l'égale intensité des forces des volontés individuelles ne diminue ni n'augmente suivant l'étendue.

Si, pendant que l'une des deux volontés précitées reste inactive, l'autre augmente l'étendue de sa force, elle s'arrêtera au point où elle se heurtera à l'égale force de l'autre volonté, force égale au point de vue de son intensité.

Examinons maintenant, le mécanisme de l'acte juridique dans le cas de coexistence de deux volontés. Suivant que l'une des volontés étend sa force sur un espace non occupé déjà par la force de l'autre volonté, la première volonté peut, d'une façon unilatérale, étendre sa force dans plusieurs directions, et selon son bon plaisir, arbitrairement.

Il s'agirait, chaque fois que cette volonté déploierait sa force, d'un acte juridique, puisque ce serait un acte de volonté qui produirait des effets de droit, lesquels seraient, ici, des modifications d'un droit subjectif qui augmenterait d'étendue.

Mais cette volonté ne pourrait, d'une façon unilatérale, étendre sa force dans le domaine déjà occupé par la force de l'autre volonté. Pour que cela puisse s'effectuer, il faudrait que la dernière volonté veuille bien se replier et laisser libre la place voulue par la première volonté. Un acte bilatéral est nécessaire pour que l'effet de droit se produise. Et, ici, il faut le concours de deux volontés : celui de la deuxième qui se replie pour laisser libre la place qu'elle occupait, et celui de la première volonté qui s'étend dans l'espace laissé libre. Si après cet acte juridique bilatéral, la volonté repliée veut revenir sur son acte de repli et, changeant d'avis, veut

essayer de regagner l'espace qu'elle a perdu au profit de l'autre volonté, elle ne le pourra point, car la force égale de cette volonté bénéficiaire y est installée et l'en empêchera.

C'est, croyons-nous, tout en restant dans la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, la seule façon de comprendre l'adage : *pacta sunt servanda*.

Si, maintenant, au lieu de deux volontés, il y en avait plusieurs, le mécanisme de l'acte juridique serait le même. La force de chacune des volontés pourra s'étendre, d'une manière unilatérale, dans l'espace qui n'est pas déjà occupé par les forces des autres volontés. Pour pouvoir occuper une partie de l'espace appartenant à d'autres volontés, un acte juridique bilatéral est nécessaire.

§ 2. Le mécanisme de l'acte juridique selon les autres théories composant la conception classique en général.

Après ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent, il est facile de comprendre le mécanisme de l'acte juridique quant aux autres conceptions entrant dans la conception classique : celles de la *Willenstheorie* allemande et de la théorie dynamique de la volonté collective.

A) *Le mécanisme de l'acte juridique selon la Willenstheorie allemande.*

Il est exactement le même que dans la théorie de l'autonomie de la volonté, avec cette différence qui provient du fait que la force jurigène de la volonté individuelle est octroyée par la volonté de l'Etat.

La volonté individuelle se trouvant seule dans le monde, peut déployer librement et unilatéralement sa force jurigène;

mais étant donné que cette force lui est octroyée par la volonté de l'Etat, la volonté individuelle ne pourra être efficace dans l'acte juridique, que dans la mesure de la force octroyée.

Nous empruntons un passage très caractéristique de Gumpłowicz¹ à ce sujet: « C'est seulement dans l'Etat qu'un droit peut se produire; on ne peut concevoir qu'il existe un droit ailleurs que dans l'Etat... En dehors de l'Etat, il n'y a pas de droit; car le droit est une institution éminemment politique; c'est-à-dire éminemment propre à l'Etat; il est la chair de sa chair et le sang de son sang. Tout droit est un morceau de l'Etat et contient, en quelque sorte, une parcelle de la souveraineté de l'Etat. D'où cette parcelle de souveraineté viendrait-elle pour entrer dans le droit sinon d'un grand réservoir de la souveraineté... que nous nommons le pouvoir de l'Etat, la force publique? De ce grand réservoir, la souveraineté de l'Etat se répand dans le droit, grande canalisation qui le distribue. On n'a qu'à tourner le robinet exécutif : La souveraineté de l'Etat, la force publique apparaît (généralement sous la forme du prix de quelque timbre). Peut-on imaginer un droit sans Etat? Pas plus qu'on ne peut imaginer une conduite d'eau sans réservoir à l'origine. Et à quoi servirait le réservoir sans la canalisation, la conduite, le robinet ? »

Or, en tant que le réservoir de force de volonté de l'Etat laisse canaliser une partie de cette force au profit de la volonté individuelle, cette dernière peut, dans la mesure de ses disponibilités, la déployer selon son bon plaisir, puisque

1. Gumpłowicz, *Précis de sociologie*, trad. franç. par Ch. Baye, Paris, 1896, pp. 313 et s.

la finalité ne peut être conçue dans un monde régi par le jeu des forces aveugles. Dans la limite de ses forces disponibles la volonté individuelle peut causer des effets de droit au même titre que dans la théorie de l'autonomie de la volonté.

Ainsi, par des actes unilatéraux, la volonté individuelle pourrait étendre sa force indéfiniment et créer, par conséquent des effets de droit en tant qu'elle ne se heurte pas à d'autres volontés individuelles.

Mais, quand cette volonté rencontre la résistance d'une autre force de volonté individuelle, que se passe-t-il ?

Ici, nous retrouvons les mêmes questions concernant l'intensité de cette force de volonté, questions que nous avons déjà examinées au paragraphe précédent et sur lesquelles les juristes classiques n'ont pas encore donné de réponse.

Deux questions supplémentaires se posent encore :

1^o La distribution de la force de volonté étatique aux volontés individuelles s'effectue-t-elle d'égale façon ?

2^o La force distribuée aux individus est-elle de même intensité que la force de volonté étatique ?

Nous examinerons ailleurs le deuxième problème et nous nous bornons ici à donner simplement la solution du premier.

Selon que la réponse est affirmative ou négative, les conséquences diffèrent. Ainsi, si la force octroyée est égale, pour chaque individu, nous arriverons au résultat que les effets de droit qui touchent le domaine occupé par la force d'une autre volonté individuelle ne seront possibles que par des actes juridiques bilatéraux, exactement comme dans le système de l'autonomie de la volonté.

Si la force se distribue inégalement, alors les actes juridiques unilatéraux seront possibles au profit des volontés les plus

fortes contre les plus faibles. Inversement, de la part des volontés disposant d'une force moindre à l'égard des volontés d'une force plus grande, un acte bilatéral sera nécessaire.

Il est assez embarrassant de donner une réponse sûre à la question.

B) *Le mécanisme de l'acte juridique selon la conception dynamique de la volonté collective.*

a) Au sujet des personnes morales de droit privé.

Nous n'avons rien de spécial à ajouter ici. Le mécanisme des actes juridiques est exactement le même que celui de la théorie dynamique de la volonté individuelle. Et, selon qu'on se place au point de vue de la doctrine française ou de la doctrine allemande, les mêmes problèmes respectifs surgissent et les mêmes solutions s'imposent.

b) Au sujet de la personne morale Etat ou Nation.

Nous renvoyons pour l'étude de ce problème au chapitre où nous nous occupons de la critique de la théorie classique concernant les actes juridiques de Droit public.

CHAPITRE III

RAPPORT DE LA DOCTRINE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ AVEC LES CONCEPTIONS : INDIVIDUALISME ET LIBÉRALISME.

On associe souvent les significations respectives de ces appellations : individualisme et libéralisme, avec la notion de l'autonomie de la volonté¹ et il nous paraît légitime d'établir les rapports exacts qu'elles ont avec cette théorie même.

Beaucoup d'auteurs déduisent, logiquement, la doctrine d'autonomie de la volonté de la doctrine individualiste, mais ils ne précisent pas² suffisamment leur genre de déduction et la nature de cette doctrine.

1. Gounot, *L'autonomie de la volonté en Droit privé*, thèse, Paris, 1912. L'auteur met comme titre du 1^{er} chapitre de sa thèse : « La doctrine individualiste classique de l'autonomie de la volonté ». p. 30 du même ouvrage, nous lisons « que la solution du problème se résume en effet dans l'affirmation de la volonté individuelle comme source initiale et indépendante du droit. Or, c'est précisément, on le sait, le principe premier sur lequel repose toute la doctrine individualiste de l'autonomie ». Au sujet de ce dernier passage, nous avons à faire une observation qui n'est pas tout à fait à sa place dans cette note. Nous la faisons cependant, parce que nous n'aurons point l'occasion d'y revenir par ailleurs. « L'affirmation de la volonté individuelle comme source initiale et indépendante du droit » n'est pas simplement un fondement de la doctrine de l'autonomie, c'est la doctrine de l'autonomie de la volonté elle-même. Nous ne comprenons pas vraiment ce que l'auteur veut dire en considérant ici l'affirmation contenue dans la première proposition comme : « le principe premier sur lequel repose la doctrine individualiste de l'autonomie ».

2. Gounot, *op. cit.*, p. 319 : « Conception individualiste de l'homme, point de départ de la doctrine de l'autonomie ». Qu'entend-il par conception individua-

Certains font intervenir, ici, la question de la dignité personnelle¹, chose qui n'est point intimement et nécessairement liée à cette doctrine individualiste en rapports étroits avec la théorie de l'autonomie de la volonté.

Il s'agit donc de savoir si la théorie de l'autonomie de la volonté a « comme fondement », comme « point de départ », la doctrine individualiste, si l'autonomie de la volonté est « l'application », la « déduction » de cette doctrine individualiste².

Nous devons remarquer qu'il y a tendance à user pareillement des termes : doctrine individualiste et doctrine libérale³. Si leur synonymie était complète, on pourrait logique-

liste de l'homme ? Duguit, *Les transformations générales du Droit privé*, op. cit., p. 57, où il écrit que l'autonomie de la volonté est déduction logique du système individualiste. Comp. *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 347; Saleilles dit simplement que : « la *Willenstheorie* essentiellement individualiste qui se rattache à la philosophie de la Déclaration des Droits de l'homme implique l'existence de droits inhérents à la qualité d'homme », mais il ne dit pas de quelle manière elle se rattache; M. Bonnard est plus précis : « L'autonomie de la volonté se déduit de la conception individualiste de Droit, c'est-à-dire de la doctrine qui affirme que l'homme possède, en vertu de sa nature et à l'état inné, certaines prérogatives qui consistent en des pouvoirs reconnus à sa volonté » (*La conception juridique de l'Etat*, op. cit., p. 37); Bonnet, *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, Rec. Sirey, 1^{re} éd., 1926, p. 36 : « Toute puissance de la volonté dans l'organisation juridique trouve son fondement dans la doctrine individualiste du Code civil »; Caleb, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, thèse, Strasbourg, 1925, p. 11, où il écrit : « L'autonomie de la volonté est l'application de la doctrine philosophique et l'individualisme du XVIII^e siècle dans la science du droit ».

1. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, Lyon, p. 272 où il écrit que : la dignité de la personne humaine se conforme avec la théorie volontariste originaire; comp. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle*, op. cit., p. 122, où il écrit que « la doctrine de l'autonomie de la volonté... considère l'homme comme fin en soi ».

2. V. plus haut, note 2, p. 83.

3. V. Pirou, *Les doctrines économiques en France depuis 1870*, Paris, Colin, 1925, p. 100; où il parle de la « doctrine individualiste et libérale », et met comme titre de chapitre : « Les doctrines individualistes », p. 96. D'autre part, dans l'ouvrage de Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 4^e éd., Paris, Tenin, 1922, p. 377, on lit comme titre du livre III : « le libéralisme ». Il faut noter que dans ce dernier livre, il s'agit de la même question que M. Pirou développe dans son chapitre intitulé « Doctrines individualistes ». Dans la même page 377, Gide et Rist disent : « Le libéralisme — ou comme on dit aussi, l'individualisme ». Comp. M. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1926, p. 21 : « L'individualisme appelé aussi libéralisme ».

ment conclure, qu'entre la notion de l'« autonomie de la volonté » et la « doctrine libérale », il y a la même relation qu'entre « l'autonomie de la volonté » et la « doctrine individualiste », puisque les deux impressions « doctrine libérale » et « doctrine individualiste » sont identiques.

Nous jugeons donc opportun d'établir un parallèle entre les mots : « individualisme » et « libéralisme ». Nous devons rappeler que les deux termes ont des significations multiples et très vagues¹.

Il faut d'abord connaître le sens exact donné aux mots : doctrine individualiste et doctrine libérale pour voir ensuite la relation existant entre ces deux expressions et l'« autonomie de la volonté ».

§ I. Individualisme et libéralisme, leurs multiples sens.

a) Prenons d'abord l'individualisme :

On trouve ce mot employé partout, dans le langage courant, et dans toutes les branches de la connaissance humaine²;

1. V. sur ce point Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Alcan, 2 vol., au mot : « individualisme » : « Mauvais terme, très équivoque, dont l'emploi donne lieu à des sophismes continuels ». Pour la critique du terme libéralisme, voir même dictionnaire, au mot « libéralisme » : « On voit par les distinctions précédentes combien ce terme est équivoque. L'usage accidentel qui en est fait de nos jours, dans la désignation des partis ou des tendances politiques, augmente encore la confusion ». Comp. Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, op. cit., p. 420, n. 2 : « Il y a donc beaucoup de confusion de ce qualificatif, aussi évitons-nous le plus souvent d'employer ce mot ». Mais ils prétendent dans cette même note qu'avec l'expression « école libérale » le sens se précise; mais nous avons vu plus haut que le mot libéralisme est aussi vague.. Comp. aussi Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920, p. 4, n. 1 : « L'ambiguïté du terme, à raison de l'imprécision de son contenu est, à coup sûr, une des causes de la confusion des controverses qui se sont élevées sur la valeur de l'individualisme. Ses adversaires ne se placent pas toujours sur le même terrain ».

2. G. Morin, *La révolte des faits*, op. cit., p. 4 : « Dans l'histoire des idées, l'individualisme réunit, sous un terme unique, des manifestations multiples et parfois très divergentes, sinon contradictoires, de la pensée humaine : qu'on

tantôt uni au libéralisme, comme dans : « libéraux individualistes¹ », « individualisme libéral² » ; tantôt isolé, et souvent accompagné de qualificatifs variés, tels : « individualisme économique³ », « individualisme juridique », « individualisme rationnel⁴ », « individualisme socialiste⁵ », « individualisme expérimental⁶ », « individualisme corporatif⁷ », « individualisme hédoniste » et, quelquefois, servant lui-même de qualificatif : « utilitarisme individualiste⁸ ».

Nous trouvons ce terme « individualisme » d'abord, au sens général⁹, puis dans des sens plus spéciaux : en philosophie¹⁰,

songe seulement, en dehors du domaine politique, économique et social, à la Réforme, dans l'ordre religieux et, en matière d'art et de sentiment, au romantisme et à la philosophie aristocratique des individualités fortes d'un Renan d'un Nietzsche, d'un Ibsen, etc. ».

1. Richard, *Manuel de Morale*, suivi de *Notions de Sociologie*, 4^e édit., Paris, Delagrave, 1928, p. 188. Du même, *La Question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, Paris, Colin, 1914, p. 234.

2. Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, p. 189.

3. Richard, *La Question sociale*, *op. cit.*, p. 19, titre de la 1^{re} partie : « La philosophie et l'individualisme économique ».

4. Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, pp. 188 à 189 et 192. Il s'agit de l'Ecole qui est représentée par Kant et Guillaume de Humboldt, en Allemagne, Victor Cousin, Prudhon et l'Ecole criticiste en France, et qui enseigne la supériorité du droit personnel sur l'utilité sociale.

5. Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, p. 189.

6. Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, p. 189. L'Ecole représentée en Angleterre surtout par les philosophes associatonnistes, par Herbert Spencer et les évolutionnistes; elle enseigne que pour l'intérêt, même social, l'expérience nous montre, comme la meilleure méthode de le satisfaire, l'interdiction de toute atteinte à la liberté individuelle.

7. Rauh, *Etudes de Morale*, p. 106.

8. Rauh, *op. cit.*, p. 121; Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, p. 151.

9. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* au mot « individualisme » : « Se dit de toute théorie, de toute tendance qui accorde à l'individu ou à l'individuel une valeur intrinsèque, supérieure à la valeur de la société ou aux valeurs dites impersonnelles, soit dans l'ordre explicatif, soit dans l'ordre pratique, soit dans l'ordre de fins morales ».

10. Litttré, *Dictionnaire*, au mot « individualisme » : « Terme de philosophie, système d'isolement dans l'existence ». Il s'agit de la doctrine qui considère l'univers comme une simple somme d'individus isolés, et n'ayant point de relations substantielles entre eux, c'est-à-dire indépendants. Comp. Lalande, *Vocabulaire*, etc., au mot « individualisme ».

sociologie¹, morale², religion³, politique⁴, en esthétique même⁵, et enfin en économie politique et en Droit⁶.

Quelquefois, on le rencontre opposé au « collectivisme⁷ », comme aussi au « socialisme⁸ », au « solidarisme⁹ », au « pro-

1. Dans un sens sociologique, le mot « individualisme » est pris comme synonyme de « nominalisme sociologique » qui conclut que la société n'est qu'un système de relations, d'échange entre les agents volontaires et s'oppose par là au « réalisme sociologique » qui soutient, au contraire, que l'individu en soi n'est qu'une abstraction et le groupe, seul, est une réalité. V. Richard, *La sociologie générale et les lois sociologiques*, 1912, Paris, Doin, p. 165. Dans un autre sens, sociologique mais un peu différent du précédent, le terme « individualisme » s'oppose au « collectivisme ». La première doctrine a été soutenue par Gabriel Tarde (*Les lois de limitation. Etude sociologique*, Paris, 1890) et enseigne que le social est fait d'éléments individuels, la société est composée des individus libres qui ne sont unis entre eux que par limitation. La deuxième doctrine a comme représentant, Durkheim (surtout dans ses œuvres : *La division du travail social*, *Les règles de la méthode sociologique*, *Le suicide*) et qui voit dans la société la coercition exercée par le groupe sur les éléments qui le composent. V. Worms, *Philosophie des Sciences sociales*, Paris, 1903-1907, Giard et Brière, 3 vol., t. I, pp. 78 et s. Du même, *La Sociologie, sa nature, son contenu, ses attaches*, Paris, Giard, 1926, 2^e édit., pp. 33 et s., 40 et s.

2. C'est, par exemple, la doctrine de Kant qui postule l'homme comme fin en soi. Aussi de Fouillé qui pose l'éminente dignité de la personne humaine Comp. Lalande, *Vocabulaire technique, etc.*, op. cit., au mot « individualisme » au sens D : « Théorie d'après laquelle la société n'est pas une fin en elle-même, ni l'instrument d'une fin supérieure aux individus qui la composent, mais n'a pour objet que le bien de ceux-ci; ce qui peut encore s'entendre en deux sens : 1^o les institutions sociales doivent avoir pour but le bonheur des individus; 2^o elles doivent avoir pour but la protection des individus (de quelque manière d'ailleurs qu'on entende cette protection) ».

3. V. *Semaine sociale de France*, VI^e session, Bordeaux, 1909, pp. 53 et s., Déclaration par M. Henri Lorin, sous le titre : « Idée individualiste ou idée chrétienne comme fondement du droit ».

4. V. Lalande, *Vocabulaire technique, etc.*, op. cit., au mot « individualisme », au sens B, où l'individualisme s'opposant à l'étatisme signifie : « La théorie d'après laquelle les hommes sont toujours trop gouvernés », et d'après laquelle l'idéal politique doit être le développement de l'initiative privée, la réduction des fonctions de l'Etat à un très petit nombre d'objets (libéralisme individualisme spencérien) ou même leur suppression totale (individualisme anarchiste).

5. C'est la théorie d'après laquelle l'art est original, le génie artistique crée du nouveau; elle s'oppose à la doctrine qu'on pourrait appeler collectiviste selon laquelle l'originalité du génie esthétique ne consiste pas à la création véritable mais à une bonne adaptation à l'art qui le précède.

6. Pour l'individualisme au sens juridique, v. plus bas.

7. V. note 1, ci-dessus.

8. *Dictionnaire du XIX^e siècle* au mot « individualisme ».

9. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 29.

tectionnisme¹ », au « communisme² », au « conformisme³ », au « traditionnalisme⁴ », à « l'étatisme⁵ », à « l'universalisme⁶ », et à « l'esprit d'association⁷ »; ainsi que dans l'expression : « utilitarisme individualiste », opposée à « l'utilitarisme altruiste⁸, etc.

Nous croyons utile de citer ici le passage suivant que nous empruntons au livre de Rauh, *Etudes morales* (troisième partie, consacrée à l'étude des morales individualistes). Page 107, notamment, nous lisons : « Passons maintenant aux conceptions proprement individualistes, dans lesquelles l'individu s'oppose radicalement à la société. Il y a d'abord un individualisme religieux, chrétien, qui met l'individu en relations avec un être transcendant. L'individualisme métaphysique, rationnaliste, n'est qu'une transposition laïque du précédent. C'est l'idée kantienne de la *république des fins* : les êtres raisonnables qui la composent recherchent leur salut par la culture de l'âme; la transformation sociale elle-même a son principe, dans les individus considérés comme tels. Tout autre est l'individualisme proprement moderne, indi-

1. Pirou, *Doctrines économiques en France depuis 1870*, Paris, 1925, p. 102.

2. Richard, *La sociologie générale et les lois sociologiques*, p. 165. Dans ce cas, le mot communisme est pris dans le sens de la doctrine qui donne comme postulat la prépondérance des fins générales et communes, de l'individualisme poursuivant des fins particulières.

3. Lalande, *Vocabulaire*, *op. cit.*, au mot « individualisme », sens C.

4. Lalande, *op. cit.*

5. Richard, *Manuel de Morale*, *op. cit.*, p. 151 : « L'utilitarisme individualiste ou égoïste », dont les principaux représentants sont : Helvetius, Wolney, Bentham, ne postulant que l'existence des fins personnelles et réduisant la société au simple moyen pour arriver à ces fins personnelles. Comp. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, p. 25.

6. Richard, *Manuel de Morale*, 4^e édit., Paris, 1928, pp. 186 à 188, 241 à 242. Le mot universalisme étant pris ici dans le sens hégélien qui est un universalisme métaphysique, ou dans le sens des philosophes positivistes français qui est un « universalisme historique et sociologique ».

7. Dictionnaire Littré, au mot « individualisme ».

8. V. plus haut, p. 91, note 4.

vidualisme du sentiment, ou de la volonté; l'individu selon cette conception doit chercher sa nuance propre, spécifique, ce qui le distingue de tous ses semblables. Les représentants de cette doctrine et surtout les romantiques se réclament parfois de l'individualisme féodal; mais ils s'en séparent en réalité par une différence profonde; leur individualisme est nettement antisocial, et le sentiment du respect y fait défaut (du moins en général: car Nietzsche réclame des masses l'obéissance aux hommes supérieurs). Il y a donc différents types d'individualisme ». Et plus loin, il distingue: « L'individualisme de la force¹ » de Max Stirner et Nietzsche, un individualisme de sentiment² « représenté par Shattisbury, Hutcheson, Adam Smith, selon lequel la réalité morale est perçue par un sens, une sorte de goût (*taste*). » L'auteur parle aussi d'un individualisme hédoniste³ qui est la morale du bonheur individuel.

b) Voyons à présent le terme « *libéralisme* » :

Ce terme offre la même ambigüité⁴ que l'individualisme, quant aux diverses significations appliquées.

On le rencontre, dans un sens général⁵, puis en doctrine politique⁶, en doctrine « politico-philosophique⁷, en « doc-

1. Rauh, *Etudes de Morale*, pp. 110 à 116.

2. Rauh, *op. cit.*, pp. 116 à 121.

3. Rauh, *op. cit.*, pp. 121 à 126.

4. V. plus haut, p. 89, note 1.

5. « Respect de l'indépendance d'autrui; tolérance; confiance dans les heureux effets de la liberté ». Lalande, *Vocabulaire*, *op. cit.* au mot « libéralisme » sens D.

6. Lalande, *op. cit.*, au mot « libéralisme », sens A : « Doctrine politique suivant laquelle il convient d'augmenter autant que possible l'indépendance du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif et de donner aux citoyens le plus de garanties possibles contre l'arbitraire du gouvernement. Les libérales (premier emploi du terme) sont le parti espagnol qui, vers 1810, veut introduire en Espagne le parlementarisme du type anglais ».

7. Doctrine d'après laquelle « l'unanimité religieuse n'est pas une condition nécessaire d'une bonne organisation sociale et qui réclame pour tous les citoyens, la liberté de penser ». Lalande, *Vocabulaire*, mot « libéralisme », sens B.

trine économique¹. C'est aussi l'emblème des partis politiques qui l'ont rendu plus équivoque. On le trouve quelquefois, accompagné du mot individualisme², ou de certains qualificatifs, tels : « libéralisme rationnel³ », « libéralisme empirique⁴ », « libéralisme économique⁵ », etc.. D'autres fois, il est opposé à « l'étatisme⁶ », au « socialisme⁷ », à « l'autoritarisme⁸ », au « protectionnisme⁹ ».

Puisonz quelques lumières dans les écrits des Economistes. Ceux-ci considèrent les deux mots « individualisme » et « libéralisme » comme synonymes¹⁰. On découvre en effet, chez eux une doctrine qu'on pourrait appeler : libéro-individualiste laquelle engendre deux éléments caractéristiques¹¹ : un qui susciterait le nom d'individualisme, l'autre qui justifierait celui de libéralisme ; le premier, c'est la « loi de l'intérêt personnel », le « principe hédoniste » ; le second, c'est la loi de la libre concurrence, la liberté¹². Ces deux éléments communs ont caractérisé deux Ecoles : « l'Ecole anglaise » et « l'Ecole française », avec la seule différence que la première était moins

1. Ce serait la doctrine d'après laquelle « l'Etat ne doit exercer ni fonctions industrielles, ni fonctions commerciales, et ne doit pas intervenir dans les relations économiques qui existent entre les individus, les classes ou les nations. On dit souvent, en ce sens, *libéralisme économique* s'oppose à l'étatisme ou même plus généralement à socialisme ». Lalande, *Vocabulaire*, sens C, du mot « libéralisme ».

2. V. plus haut, p. 90, note 1.

3. Article de M. Jacob sur le libéralisme dans la *Revue de Métaphysique et de Morale*, janvier 1903.

4. M. Jacob, article précité.

5. Lalande, *Vocabulaire*, mot « libéralisme », sens C. Comp. plus haut, note 1.

6. Lalande, *Vocabulaire*, mot « libéralisme », sens C.

7. Lalande, *Vocabulaire*, *op. cit.* ; Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques depuis les physiocrates jusqu'à nos jours*, 4^e édit., Paris, 1922, p. 417.

8. Lalande, *op. cit.*, mot « libéralisme », sens A.

9. Gide et Rist, *op. cit.*, p. 417.

10. V. les auteurs cités plus haut, p. 88, note 3.

11. Gide et Rist, *op. cit.*, p. 418.

12. Gide et Rist, *op. cit.*, p. 420 et p. 420 note 2. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, p. 21.

optimiste que la deuxième, et ne croyait pas, comme cette dernière, au caractère providentiel et finaliste des lois naturelles¹.

Donc, une liberté laissée aux jeux de l'intérêt personnel, individuel, voilà le principe de cette doctrine. Mais, entendons-nous, cette liberté n'est pas laissée pour elle-même, à cause de sa dignité propre, mais parce qu'elle est jugée comme donnant, pour la société, de bons résultats, ou les moins mauvais². Avec ce principe du « laissez-faire », et la liberté laissée à chaque individu de chercher le plus grand gain, au prix du moindre effort, nous arrivons à une harmonie des intérêts³. Car, d'après cette doctrine, le conflit des intérêts individuels n'est qu'une apparence, et, au fond, sous ce conflit, se cache une harmonie⁴. C'est la doctrine connue, énoncée par les physiocrates⁵, c'est la thèse d'Adam Smith⁶ qui peut être rattachée à la doctrine morale de « l'arithmétique des plaisirs » de Bentham⁷; c'est celle de tous les Economistes libéraux⁸; celle d'Herbert Spencer, dans son livre *Introduction à la science sociale*, et dans *l'Individu contre l'Etat*⁹, où il a soutenu que

1. Gide et Rist, *op. cit.*, pp. 378, 418, 577.

2. Pirou, *Les doctrines économiques en France depuis 1870*, p. 96 : « Le principe fondamental (des doctrines individualistes), c'est le libre jeu des lois économiques naturelles et, de tous les régimes possibles, celui qui donne pour la société les résultats les moins mauvais ». Et p. 97 : « Si l'Etat laisse fonctionner librement le mécanisme économique, chaque individu cherchera à satisfaire son intérêt personnel et à obtenir le maximum de rendement avec le minimum d'efforts. La juxtaposition et la rencontre de ces efforts individuels vont réaliser spontanément l'harmonie sociale ».

3. Richard, *La Question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*, p. 4; Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, *op. cit.*, p. 420. Voir aussi note précédente.

4. Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie*. Paris, Delagrave, 1887. p. 458 et s.

5. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, p. 21.

6. Bonnard, *op. cit.*

7. Richard, *La Question sociale et le mouvement philosophique*, *op. cit.*, p. 5.

8. Shatz, *L'individualisme économique et social*, p. 39.

9. Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3^e édit., Paris, Alcan, 1887, t. II, p. 732.

le conflit des intérêts des individus est conforme à l'intérêt général de la société, et est une condition de progrès¹.

Mais antérieurement, avant même les physiocrates, une pareille doctrine a été énoncée par Bernard de Mandeville² qui enseignait que les vices des particuliers contribuent, plus que leurs vertus, à la prospérité de la société.

L'idée à retenir est la suivante : Le libéralisme ou l'individualisme ne sont que des méthodes, des moyens considérés comme les meilleurs, pour arriver à des fins plutôt sociales; exemples : « l'harmonie des intérêts³ », « l'intérêt général de la société », ainsi qu'à d'autres bons résultats.

Citons le sous-titre du livre de Dunoyer sur la liberté du travail : « Comment le vrai moyen de remédier aux maux dont souffre la classe ouvrière est dans l'extinction du régime de concurrence³ », et un passage emprunté à l'*Histoire des doctrines économiques*, de Gide et Rist, page 380, parlant du libéralisme : « La liberté du prêt fera disparaître l'usure. Ainsi la liberté du commerce suffira pour mettre un terme aux falsifications des denrées comme au monopole des trusts. Et finalement, la concurrence assurera le bon marché dans la production et la justice dans la répartition ».

§ 2. Le point de vue finaliste dans l'individualisme et le libéralisme.

Il y a lieu de dégager les idées suivantes, pour éviter des confusions. En général, dans la plupart des cas où on parle

1. Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, p. 420.

2. Bernard de Mandeville, *La fable des abeilles ou les vices privés font la prospérité publique* (1723), trad. franç. par Bertrand, Amsterdam, 4 vol. in-8° (1740). Comp. P. Janet, *Histoire de la science politique*, op. cit., t. II, p. 543.

3. Cité par Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, p. 380 note 2.

d'individualisme ou de libéralisme, on peut leur appliquer la qualification de *finaliste* axiologique ou téléologique, se rattachant à ce qu'on nomme les causes finales. Mais on peut leur opposer un individualisme dynamique ou causaliste.

En effet, dans l'individualisme ou le libéralisme, on pose une certaine fin. Cette fin est l'individu. Mais en tant que fin, l'individu est envisagé soit comme fin en soi, soit comme moyen.

Les premiers philosophes qui peuvent être considérés comme des individualistes envisageant l'individu comme fin en soi, sont les Epicuriens¹. C'est alors la première fois qu'on conçoit la vie de l'homme comme ayant une valeur propre et, partant, une destinée et un but en dehors des fonctions qu'il exerce au sein de la cité, et qu'on place « la fin de l'homme dans lui-même ».

Dans l'individualisme pur, tout se trouve au service de l'individu, plus particulièrement l'Etat et le Droit sont destinés à épargner à l'homme le souci d'un gardien de sa personne et de ses intérêts. Dans ce cas, l'Etat et le Droit n'ont pas de valeur propre; leur valeur dérive de la valeur intrinsèque de l'individu.

De cet individualisme, on peut déduire le libéralisme, c'est-à-dire une doctrine qui postule la liberté de l'individu; mais ce « libéralisme » n'est pas une doctrine ayant une valeur propre; il est subordonné à « l'individualisme ». Si on laisse ici une liberté à l'individu, c'est en tant que cette liberté peut servir comme moyen à une fin qui est l'individu même.

Si la liberté complète est contre cette fin, alors nous devons

1. Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie, les problèmes et les Ecoles*, Paris, Delagrave, 1887, pp. 93 et s.

réduire cette liberté dans la mesure où elle ne sert pas à l'individu. Donc le libéralisme, ici, est pris comme une méthode de politique, comme une technique pour la protection individuelle.

Dans une autre conception individualiste, l'individu n'est pas considéré comme fin en soi. Il lui est reconnu, cependant, une certaine valeur, une valeur en tant que moyens pour obtenir certaines fins sociales, ou religieuses, ou économiques.

Nous pouvons aussi appeler « individualisme » la doctrine qui adopte cette conception, car la liberté, à plus forte raison, serait ici, subordonnée et dérivée. Un « libéralisme » est donc conciliable avec cette doctrine, mais comme moyen, comme méthode politique. Si l'on est optimiste pour la liberté, comme l'Ecole libérale française, on peut aboutir, alors, à une doctrine du « laissez-faire ». Avec moins d'optimisme, on aboutira à un « libéralisme » atténué, et enfin, si l'on est pessimiste on arrivera à l'opposé du libéralisme.

Si nous voulons employer la terminologie kantienne, nous appliquons la distinction de Kant entre la finalité subjective ou extérieure, et, d'autre part, la finalité objective ou intérieure. Dans le premier cas il s'agit des choses qui ne sont jamais considérées que comme moyens, par rapport aux choses qui manifestent une finalité intérieure. C'est cette fameuse distinction sur laquelle Kant base la distinction de l'impératif hypothétique et de l'impératif catégorique. Les fins objectives donnent presque toujours lieu à l'impératif catégorique, c'est-à-dire à des préceptes absolus ; les fins subjectives, au contraire, donnent lieu à l'impératif hypothétique, c'est-à-dire à des préceptes conditionnels¹. Notons que

1. Janet, *Les causes finales*, pp. 460 et s.

Kant peut être considéré comme individualiste, en ce sens qu'il pose l'homme comme fin en soi.

Le « libéralisme », donc, peut servir comme moyen à « l'individualisme » posant l'individu comme fin en soi. Mais il peut servir aussi le « socialisme » qui pose la société comme fin en soi, et l'individu et sa liberté comme moyens en fonction de cette fin¹.

D'autre part, l'individualisme peut conduire au libéralisme ou à l'étatisme pris comme contraire du libéralisme, selon que l'on voit la liberté humaine s'harmoniser avec l'intérêt de l'individu ou qu'on voit la liberté conduire à un conflit des intérêts contre l'individu même².

En un mot, le libéralisme peut servir aussi bien des fins individuelles « l'individualisme », que des fins collectives³.

1. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p. 145 : « Enfin on peut voir la liberté comme un simple moyen pour réaliser un idéal social, différent du plaisir que procure le libre choix de son activité et de son mode d'activité ».

2. Comp. Gide et Rist, *Histoire des doctrines économiques*, p. 420, n. 2, où on lit « que, de l'individualisme postulant que l'individu est l'unique but, on ne saurait forcément déduire que l'individu doit être « le seul agent du mouvement économique », car les choses démontrent que l'individu, dans ses actes, comprend très mal ses intérêts, ou il se trouve dans l'impossibilité de les défendre ». V. aussi Richard, *Manuel de Morale*, p. 189.

3. Demogue, *Les notions fondamentales du Droit privé*, op. cit., p. 144 : « La liberté peut, dans une première opinion, reposer sur la nécessité pratique. On peut lui donner ce fondement solide que la société, se trouvant dans l'impossibilité d'assurer l'application de certaines règles considérées comme bonnes, laisse chacun libre de les observer ou non. D'autres voient le fondement de la liberté ...dans une incapacité de nos esprits de s'accorder sur certains points même fondamentaux : la liberté est une doctrine de désespoir ; la société, ne pouvant arriver à se forger un idéal solide, sur certains points, laisse chacun libre de se le faire à sa guise ». Et p. 145 : « D'autres théories de la liberté... se rattachent à une certaine conception de la vie dont l'application rend nécessaire la liberté. Certaines personnes, posant ce principe que la vie doit être la satisfaction des intérêts de chacun, cette façon de comprendre l'intérêt général comme total des intérêts particuliers actuels, ont déduit que, le droit ayant pour but de protéger les intérêts de chacun toute personne est mieux à même de voir ce qu'il lui conviendra le mieux, ce qui lui plaira davantage ; il faut la laisser libre pour lui laisser à la fois le plaisir d'acquiescer ce qu'elle veut et par les moyens qui lui conviennent. La liberté apparaît ainsi comme une valeur, à raison du plaisir qu'elle procure. Enfin, on peut voir la liberté comme un simple moyen pour réaliser un idéal social différent du plaisir que procure le libre choix de son activité et de son mode d'activité. »

D'autre part, l'individualisme, c'est-à-dire la doctrine qui pose l'individu comme fin en soi, peut être servi par le « libéralisme », mais pour les personnes n'ayant pas confiance dans les bons résultats de la liberté, par l'étatisme. Enfin, il y a un individualisme qui peut jouer le rôle de moyen pour réaliser d'autres fins.

Donc, l'individualisme n'implique pas toujours le libéralisme comme ce dernier n'implique pas nécessairement l'individualisme.

Nous croyons qu'il faut réserver le mot « libéralisme » pour désigner une certaine liberté laissée à l'individu et, par conséquent, une limitation à l'intervention de l'Etat, sans d'ailleurs nous préoccuper de la fin que cette liberté doit servir. Nous devons donc opposer au « libéralisme » le mot : « interventionnisme » et réserver le mot « individualisme » pour désigner la doctrine qui pose, comme fin et valeur, l'individu plutôt que la société, sans chercher par quel moyen elle arrivera à réaliser cette fin, que ce soit le « libéralisme ou « l'interventionnisme ».

§ 3. L'individualisme et l'autonomie de la volonté.

Si l'on veut rattacher l'individualisme en question à l'autonomie de la volonté, telle que nous avons essayé de la préciser plus haut, nous n'en voyons pas vraiment le moyen.

En effet, comment pourrait-on déduire de cet individualisme une autonomie de la volonté ? Une seule façon possible : considérer l'autonomie de la volonté comme un moyen apte à réaliser la fin individualiste. Dans ce cas, l'autonomie de la volonté tirerait sa valeur de l'individu et ne serait pas véri-

tablement autonome, c'est-à-dire originaire et libre, mais plutôt hétéronome, hétérogène, et libre selon qu'elle peut servir aux fins individuelles. Dans ce dernier cas, nous ne pourrions accepter de discuter cette théorie qu'au point de vue moral et politique, sous la condition, bien entendu, de changer l'expression « autonomie de la volonté » et de la remplacer par : « la liberté de la volonté individuelle ».

Mais, telle n'est pas l'intention de ceux qui, parlant de l'autonomie de la volonté, considèrent la volonté autonome comme ayant une force originaire. C'est croyons-nous, une erreur, facile à comprendre, d'après tout ce qui précède, d'identifier, comme on le fait souvent¹, la doctrine dont le postulat est : « Je veux, donc j'ai le droit », avec celle qui postule l'homme comme fin en soi.

Nous ne pouvons passer sous silence une autre confusion que nous relevons dans le livre de M. Gaston Morin, *La révolte des faits contre le Code*. L'auteur considère Kant comme le théoricien, par excellence, de l'individualisme juridique. Le principe du droit, selon Kant, dit-il, « c'est que l'homme existe, comme une fin en soi, et non pas comme un moyen. Et tel est également le principe du Droit dans la Déclaration des droits de l'homme. Il s'en suit que l'homme ne peut être soumis à aucune autorité extérieure. Si grandes qu'on les suppose, ces prescriptions, du moment qu'elles viennent du dehors, doivent être considérées comme arbitraires ». Et plus bas, page II, il ajoute : « Pour Kant, si l'homme n'est obligé par la volonté des autres, il est obligé par la sienne. Il va être

1. V. par exemple, Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse, Montpellier, pp. 1 et 3. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, p. 272, où il dit « que la dignité de la personne humaine est conforme à la théorie volontariste originaire ».

soumis aux lois qu'il se donne lui-même, il est tout à la fois auteur et serviteur de la loi.» Et page 12: « la doctrine de Kant justifie les deux principes qui constituent toute l'armature de l'individualisme du XVIII^e siècle et de la Révolution. La *souveraineté des individus*, c'est-à-dire leur pleine indépendance les uns à l'égard des autres; l'autonomie des individus leur autodépendance, c'est-à-dire leur dépendance vis-à-vis d'eux-mêmes.» Et il conclut, qu'en raison de ces deux principes, « le contrat sera le mode unique de tous les rapports juridiques ».

D'abord, nous observons que Kant ne peut être considéré comme individualiste juridique. Kant postule, en effet, le principe que l'homme existe comme fin en soi. Mais, pour cela, c'est un individualiste finaliste, comme nous l'avons dit plus haut. Et encore, il resterait à savoir si la philosophie de Kant prend en considération l'homme réel ou la personnalité humaine abstraite.

On ne déduit pas nécessairement de l'idée de l'homme, fin en soi, l'idée que l'homme ne peut être soumis à aucune autorité extérieure, mais à sa volonté. Kant, nous l'avons expliqué, fait la distinction entre la moralité et la légalité, et dans la légalité, il donne comme caractéristique la contrainte. Kant pose, comme devoir à l'homme, de sortir de l'état de nature où chacun est juge de soi-même et d'entrer dans l'état de droit. Donc, la théorie juridique de Kant n'est pas celle de l'autonomie de la volonté, cette dernière n'étant que la caractéristique de la doctrine morale de Kant, qui a en vue la volonté pure. Or, si Kant est pour l'individualisme moral, il n'est point pour l'individualisme juridique. Nous ne croyons pas que cette doctrine kantienne soit celle de l'individualisme du XVIII^e siècle et de la Révolution française.

Enfin, nous ne voyons pas comment, de l'individualisme de Kant : l'homme « fin en soi », nous pourrions déduire la souveraineté des individus, c'est-à-dire la pleine indépendance des uns à l'égard des autres ; si cette souveraineté aboutit par hasard à la destruction de l'individu ?

En résumé, avec un individualisme et un libéralisme finalistes, on ne peut pas arriver à cette autonomie de la volonté telle que nous l'avons définie, telle que la doctrine civiliste française l'a conçue, à ce pouvoir originaire de la volonté de produire le droit.

§ 4. Le genre d'individualisme qui peut se rattacher à la doctrine de l'autonomie de la volonté.

A coté de cette conception finaliste, il existe une autre conception de l'individualisme qui, elle, peut être rattachée vraiment, à cette doctrine juridique de l'autonomie. Nous la nommerons « théorie causaliste ou dynamique de l'individualisme », pour la distinguer des théories finalistes, axiologiques ou téléologiques dont il vient d'être question. Quelle est cette théorie ? Nous la trouvons exposée dans les livres de Duguit¹. C'est la doctrine de la Déclaration des droits de l'homme qui domine la science juridique française : « Les droits naturels inaliénables et sacrés de l'homme² », « le but de toute association politique est la conception des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont³, la liberté, la

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 83, 200 et suiv.

2. Préambule de la Déclaration des Droits de 1789.

3. Article 2 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789.

propriété, etc. », « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », « ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la même société la jouissance de ces mêmes droits ».

Duguit l'expose ainsi : « l'homme a des droits parce qu'il est homme, que ces droits sont antérieurs à la société et que c'est parce que les individus ont des droits qu'il y a une règle sociale dont l'objet et le but consistent dans la protection de ces droits. Ces droits de l'individu sont des pouvoirs propres à sa volonté; ce sont des qualités inhérentes à cette même volonté, qui lui appartiennent parce qu'elle est une volonté humaine. Elle est libre, dit-elle; elle est autonome, expression plus générale et qui caractérise mieux la conception individualiste. L'homme a une activité autonome; « il a le pouvoir de la développer librement. Ce pouvoir est un droit, c'est à-dire une puissance d'ordre métaphysique propre à sa volonté d'homme. Il a un pouvoir pris comme tel, parce qu'il est homme. L'homme est un être individuel; l'homme naturel, isolé et autonome, est entré dans la société où il a conservé son autonomie, les pouvoirs qu'elle implique, ses droits ». « Cependant, l'homme vivant en société, une règle s'établit qui a pour objet de limiter les droits de chacun pour protéger les droits de tous, de restreindre l'autonomie de chacun pour assurer l'autonomie de tous. Une règle de droit, un droit objectif, existe donc, mais à titre purement dérivé. Ce qui est au fond, ce qui est le substratum du droit, c'est le pouvoir propre, l'autonomie de la personne humaine; c'est le droit subjectif, le pouvoir métaphysique de la volonté individuelle.

Le droit objectif ou règle de droit repose sur le droit subjectif de l'individu¹ ».

Dans cette doctrine individualiste, nous trouvons au fond, la doctrine de l'autonomie de la volonté. Nous y trouvons la volonté avec un pouvoir inhérent à sa nature, et, par conséquent originaire, donc illimité, puisqu'il est, au commencement de tout.

Alors, la doctrine individualiste ne serait pas autre chose que ce qu'on a appelé déjà « l'autonomie de la volonté ». Ainsi, on ne peut même pas dire que l'une se déduit de l'autre, car toutes les deux sont identiques et coïncident.

Nous avons vu plus haut, qu'on a essayé de faire dériver de la doctrine individualiste celle de l'autonomie. Nous le croyons, en effet. La doctrine de l'autonomie affirme l'existence d'un pouvoir, originaire de la volonté, de produire des droits. La doctrine individualiste a le même point de départ, mais elle ne s'arrête pas là; elle en tire les conséquences par rapport à l'ordonnement juridique, considéré comme résultat de cette autonomie. Donc, quand nous parlons de l'autonomie de la volonté, nous avons en vue simplement la doctrine qui se rapporte au droit subjectif, et quand nous parlons de la doctrine individualiste, nous envisageons la doctrine relative à l'ordonnement juridique, le droit objectif².

M. Bonnard fait la distinction entre un individualisme au sens finaliste, dont nous avons parlé (voir *Précis de Droit*

1. Comp. Richard, *La Question sociale*, op. cit., pp. 172 à 173 : « La révolution de 1789 était, avant tout, l'affirmation d'une certaine conception du droit, nommée depuis le droit subjectif ». Comp. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., pp. 202-203.

2. Bonnard, *L'origine de l'ordonnement juridique*, extrait des *Mélanges Hauriou*, pp. 13 et s.

administratif, où il parle d'un individualisme appelé aussi « libéralisme », et qui a son origine dans les doctrines des physiocrates¹⁾ et l'individualisme dont nous parlons dans le précédent paragraphe. M. Bonnard traite de ce dernier individualisme dans son article sur l'*Ordonnancement juridique*²⁾. Il dit notamment : « La conception individualiste, œuvre de la philosophie politique du xviii^e siècle, place l'origine de l'ordonnancement juridique dans l'individu lui-même. Les droits naturels individuels de l'homme sont, dans cette conception, le point de départ du monde juridique. Ces droits sont innés à l'être humain, inhérents à sa nature, et déterminés par elle, comme exprimant les prérogatives attachées indissolublement à l'être humain. Ces droits sont, non seulement des pouvoirs d'action, mais aussi des pouvoirs de volonté : la volonté de leur titulaire peut s'opposer aux autres volontés... Quant à l'ordonnancement juridique, les normes juridiques qui le constituent procèdent de ses droits individuels naturels... ; elles en sont la conséquence... Ainsi l'individu et ses droits sont l'élément primaire et originaire dans le monde du droit. Le facteur de production des normes est l'individu lui-même, dans les prérogatives qu'il possède en vertu de sa nature même. L'ordonnancement juridique peut se déduire en entier des droits naturels individuels ».

D'un individualisme conçu comme une doctrine qui fait reposer le droit objectif ou l'ordonnancement juridique sur le droit subjectif³⁾, c'est-à-dire sur un pouvoir originaire de

1. Bonnard, *Précis élémentaire de Droit administratif*, p. 21.

2. Bonnard, *L'origine de l'ordonnancement juridique*, op. cit., pp. 13 et s.

3. Richard, *La Question sociale*, p. 173 : « La déclaration de la Constituante était... l'affirmation du droit subjectif de l'individu comme principe et fondement de la législation ». L'auteur renvoie, à ce sujet, à Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1899.

volonté individuelle, on ne peut déduire l'autonomie de la volonté. L'individualisme implique bien l'autonomie de la volonté, non comme conséquence logique, mais comme fondement; l'autonomie de la volonté précède et fait dériver l'individualisme. C'est donc l'individualisme qui se déduit de l'autonomie de la volonté, puisqu'il se déduit du droit subjectif, lequel est le pouvoir originaire de la volonté, à savoir l'autonomie de la volonté¹.

Nous pouvons donc conclure sur le rapport de « l'individualisme » et de « l'autonomie de la volonté » en disant que : l'individualisme consacré par la Déclaration des Droits peut seul avoir une relation directe avec cette autonomie, telle que nous l'avons précisée.

Mais cet individualisme peut être envisagé sous deux aspects : vu sous l'angle du droit subjectif, on le nommerait individualisme du droit subjectif; vu sous l'angle du droit objectif, il est appelé individualisme du droit objectif. Dans le premier cas, il serait la doctrine qui postule l'existence des droits subjectifs naturels, des pouvoirs originaires de la volonté individuelle; étant donné que le droit subjectif ainsi conçu constitue l'autonomie de la volonté, cette doctrine deviendrait la doctrine même de l'autonomie de la volonté. Dans ces conditions, doctrine de l'autonomie de la volonté et doctrine individualiste du droit subjectif seraient identiques.

¹. Comp. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, p. 85 du t. I, où il dit : « L'autonomie de la personne humaine est le fondement de toute norme juridique d'après la doctrine individualiste », et p. 358, où il dit que d'après la conception individualiste du Droit le droit objectif dérive de l'autonomie « en ce sens qu'il n'intervient que pour la reconnaître, la protéger et sanctionner ses manifestations ». Bonnard, *L'origine de l'ordonnement juridique*, op. cit., p. 14. « L'ordonnement juridique peut se déduire en entier des droits naturels individuels ».

Dans le deuxième cas, il serait la doctrine qui, partant de l'existence des droits subjectifs naturels, conçus comme autonomie des volontés individuelles, considère le droit objectif comme dérivé de ce droit subjectif, par conséquent de l'autonomie. En d'autres termes, cette doctrine envisage l'ordonnement juridique comme causé par les volontés individuelles.

Nous voyons ici apparaître clairement le caractère dynamique de cette doctrine; la volonté y est, en effet, considérée comme cause efficiente de l'ordonnement juridique.

Dans ces conditions, l'autonomie de la volonté ne dérive pas de cette doctrine individualiste du droit objectif, mais c'est, au contraire, cette doctrine individualiste qui découle de celle de l'autonomie. On ne saurait donc affirmer que la doctrine de l'autonomie de la volonté a une certaine relation avec « l'individualisme » en général, mais seulement avec une sorte d'individualisme, avec l'individualisme de droit subjectif. On peut donc confondre l'autonomie de la volonté avec cet individualisme, mais pas avec l'individualisme de droit objectif.

A l'« individualisme » tel qu'il est conçu dans le présent paragraphe, se rattache étroitement le « subjectivisme » dans son sens juridique.

Le mot subjectivisme est assez vague, équivoque et tendancieux¹. Sa signification, dans le langage juridique, est résumée dans les écrits de Duguit², et de M. Bonnard³,

1. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* au mot « subjectivisme » (critiques).

2. V. surtout Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 14 à 22.

3. V. Bonnard, *L'origine de l'ordonnement juridique*, extrait des *Mélanges Hauriou*.

dont nous avons cité les paragraphes circonstanciels. Duguit oppose le subjectivisme à l'objectivisme. Le subjectivisme est la doctrine qui affirme l'existence des droits subjectifs, qui s'efforce de faire reposer le Droit, aussi bien le Droit privé que le Droit public, sur le Droit subjectif. « C'est encore (disait-il) sur le droit subjectif qu'on s'efforce de faire aussi une construction du Droit public sur le modèle du Droit privé. Celui-ci plaçait à la base l'autonomie de la personne humaine; en Droit public, on posera d'abord la souveraineté de l'Etat, qui, de même que l'autonomie implique une série de droits subjectifs appartenant à l'individu, impliquera une série de droits subjectifs dont l'Etat personne sera titulaire. On dira que le Droit public a pour objet de régler l'exercice des droits appartenant aux personnes publiques, de même que le Droit privé a pour objet de définir les droits appartenant aux personnes privées. Ainsi, le droit subjectif est partout. La notion de droit subjectif reste intacte et le fondement considéré comme immuable de toute construction juridique en Droit public et en droit privé ».

Il est facile de voir la relation qu'une telle doctrine présente avec l'autonomie de la volonté. La doctrine subjectiviste postule qu'il y a des droits subjectifs; ces droits ne peuvent être que des pouvoirs de volonté. L'autonomie de la volonté postule un pouvoir de la volonté individuelle qui est un droit subjectif; donc elle postule le subjectivisme.

Or, le subjectivisme ne se borne pas à postuler les droits subjectifs des particuliers, mais encore de l'Etat, et à ce point de vue, il coïncide avec la théorie étatiste allemande qui considère la loi comme un droit subjectif de l'Etat; le subjectivisme considère le Droit comme un droit subjectif, comme

le résultat d'un pouvoir de volonté, aussi bien pour les personnes morales publiques ou privées.

Le subjectivisme, en somme, peut s'appliquer partout où on reconnaît le droit subjectif, qu'il soit considéré comme pouvoir d'une volonté autonome ou hétéronome, individuelle ou collective, tandis que l'autonomie de la volonté a, en vue, un pouvoir d'une volonté individuelle autonome, c'est-à-dire un pouvoir de volonté originaire, et en principe illimité.

§ 5. L'individualisme du droit subjectif et la doctrine du droit naturel.

Nous avons vu dans le paragraphe précédent que l'individualisme dynamique, envisagé sous l'angle du droit subjectif, postule que l'homme possède des droits naturels, antérieurs à la société. Cette doctrine, en cela, est identique à la conception de l'autonomie de la volonté postulant aussi que l'homme a une volonté douée d'une force originaire qui constitue le droit subjectif, puisque ce dernier est défini, d'après cette doctrine, comme un pouvoir de volonté.

On dit souvent que l'individualisme ainsi conçu procède de la doctrine dite du droit naturel, qui a inspiré les hommes de la Révolution française. Cette doctrine enseignerait que l'homme à l'état de nature antérieur à la société, est titulaire de ces droits dits naturels.

Nous croyons qu'ici il y a équivoque concernant les deux idées de cette doctrine du droit naturel : 1^o Celle de l'état de nature, et 2^o celle du droit dit naturel.

1^o *L'état de nature.* — Qu'entend-on par état de nature ? Question difficile à résoudre.

Est-ce l'état où l'homme vivait isolé, en dehors de la société, sauvage, sorte d'anthropoïde ? Est-ce celui où l'homme vivait en société (une société semblable à certaines existant actuellement que les Sociologues appellent sociétés primitives) ?

La plupart des auteurs qui ont essayé de déterminer l'état de nature l'ont conçu comme comportant une société. J.-J.-Rousseau semble faire exception en ayant l'air de concevoir l'état de nature comme un état présocial où l'homme vivait isolé. Nous tâcherons d'expliquer plus loin cette théorie de Rousseau.

Ainsi, selon Hobbes et Locke, comme selon Kant, l'état de nature n'exclut point la société. Mais il s'agit d'une société qui n'est pas encore une société « civile » et « politique ». Ce serait l'état de l'homme, tel qu'on le trouve, abstraction faite de la vie politique, en dehors des lois civiles.

En d'autres termes, pour concevoir l'état de nature, il suffit hypothétiquement de supprimer l'Etat. Pour ces auteurs, à l'état de nature ne succède pas l'état social (qui existe déjà d'après l'état de nature) mais l'état « civil ». Selon Locke, les Etats indépendants, ne reconnaissant pas au-dessus d'eux une autorité commune qui règle leurs rapports, se trouvent dans l'état de nature. Selon Locke également, il n'est pas impossible que deux individus se trouvent parfois à l'état de nature : c'est ce qui arriverait si un Anglais et un Français se rencontraient dans une île déserte. Ainsi, pour ces auteurs, il y a une société naturelle entre les hommes, avant l'institution de la société civile¹.

1. V. sur l'état de nature de Hobbes, P. Janet, *Histoire de la science politique, etc.*, op. cit., t. II, pp. 175 et s.; Höffding, *Histoire de la philosophie moderne*, trad. franç., 1906; Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, p. 330 du t. I; P. Janet, op. cit., p. 200 et s.; Höffding, op. cit., p. 410 du t. I; Jellinek, op. cit.,

Nous avons à faire relativement à cette conception de l'état de nature, les deux observations suivantes :

1°. Que serait la société si on arrivait à supprimer l'Etat, et par là le Droit ?

Elle serait dissoute peut-être, nul ne le sait. Mais les contractualistes soutenant cette conception disent que la société, dans cet état de nature, bien que n'ayant pas de lois civiles et politiques, n'est pas absolument sans loi. Car il existe une loi de nature, un droit naturel. C'est l'opinion de Locke¹ et de Kant². Même selon Hobbes qui affirme cependant que l'état de nature c'est l'état de guerre, il existe une loi naturelle avant l'établissement de la loi civile³. D'où la deuxième observation.

2°. Etant donné que ces sociétés sont régies par une loi dite naturelle (et nous ne comprenons pas l'existence d'une société sans une règle de conduite, sans une loi, ou plus exactement, un droit objectif, droit objectif naturel, le nom importe peu), on peut se demander si l'état que ces sociétés constituent peut recevoir le nom d'état de nature :

Quelle est la conception de l'état de nature selon J.-J. Rousseau? — Il est vrai que J.J. Rousseau, dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*⁴, imagine un certain état de nature, au-dessous de l'état de

1. I, p. 333; Kant, *Doctrine du Droit*, 1^{re} partie, chap. III, § 41 (trad. Barni, p. 158), aussi 2^e partie, § 44 (Barni, 167); Henry Michel, *L'idée de l'Etat*, pp. 47 et s., thèse, Paris, 1895; P. Janet, *op. cit.*, t. II, p. 611.

1. Locke, *op. cit.*, c. II; Janet, *op. cit.*, pp. 200 et s.

2. Kant, *op. cit.*, Appendice à l'introduction (trad. Barni, p. 55); H. Michel, *op. cit.*, p. 48; P. Janet, *op. cit.*, t. II, p. 611; Stahl, *Histoire de la philosophie du Droit*, trad. franç., Paris Thorin, 1880, pp. 191 et s.

3. P. Janet, *op. cit.*, pp. 152 et s. V. aussi *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1902, p. 106 et s., article de M. G. Lyon : « Le léviathan et la paix perpétuelle », qui montre que Hobbes concevait dans l'état de nature un droit naturel dicté par la droite raison. Stahl, *op. cit.*, pp. 158 et s.; Höfding, *op. cit.*, pp. 294 et s.

4. J.-J. Rousseau, *Œuvres complètes*, éd. 1790, t. VII, pp. 29 et s. *Discours sur l'origine et l'inégalité parmi les hommes*.

l'homme sauvage, des sociétés primitives, car ce dernier vit au moins en société; tandis que le sauvage de Rousseau vit seul, errant dans les forêts, sans domicile, sans liaison, sans nul besoin de ses semblables.

« Je le vois, écrit-il, se rassasiant sous un chêne, se désaltérant au premier ruisseau, trouvant son lit au pied du même arbre qui lui a fourni son repas; et voilà ses besoins satisfaits¹ ». Dans un autre passage : « Gardons-nous donc de confondre l'homme sauvage avec les hommes que nous avons sous les yeux² ». Ajoutons, ici, un autre passage caractéristique : « On voit...au peu de soins qu'a pris la nature de rapprocher les hommes par des besoins mutuels, et de leur faciliter l'usage de la parole, combien elle a peu préparé leur sociabilité et combien elle a peu mis du sien dans tout ce qu'ils ont fait pour en établir les liens. En effet, il est impossible d'imaginer pourquoi, dans cet état primitif, un homme aurait plutôt besoin d'un autre homme qu'un singe ou un loup de son semblable, ni, ce besoin supposé, quel motif pourrait engager l'autre à y pourvoir, ni même, en ce dernier cas, comment ils pourraient convenir entre eux des conditions³ ».

Mais il ne faut point prendre le *Discours sur l'origine et l'inégalité* au pied de la lettre. J.J. Rousseau est de ces auteurs dont on doit poursuivre la lecture en cherchant l'esprit plutôt qu'en examinant la lettre⁴.

D'après M. Barni⁵, ce n'est pas dans ce *Discours* qu'il faut

1. P. Janet, *Histoire de la science politique, etc.*, op. cit., t. II, p. 419 (passage cité par l'auteur).

2. *Discours sur l'origine, etc.*, t. VII, p. 64.

3. J.-J. Rousseau, op. cit., p. 91.

4. V. Barni, *Histoire des idées morales et politiques en France au XVIII^e siècle*, Paris, 1867, t. II, p. 207 et s.

5. Barni, op. cit., t. II, p. 206.

chercher la véritable théorie de Rousseau. « Rousseau, dit M. Barni¹ (à propos du *Discours sur l'inégalité*), égaré par son amertume contre les institutions sociales de son temps, s'est fait illusion sur la valeur de sa thèse qu'il a, du reste, abandonnée et modifiée depuis ».

D'ailleurs, Rousseau ne parle pas de l'état de nature, comme d'une hypothèse historique, mais d'un état à imaginer. Cela ressort clairement des passages suivants extraits de son *Discours sur l'inégalité* : « Un état qui n'existe plus, qui n'a peut-être jamais existé, qui probablement n'existera jamais, et dont il est pourtant nécessaire d'avoir des notions justes pour bien juger de notre état présent² ». « Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet, pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels, plus propres à éclaircir la nature des choses qu'à en montrer la véritable origine, et semblables à ceux que font tous les jours nos physiciens sur la formation du monde³ ».

De ce dernier passage et des autres⁴, il ressort que Rousseau a voulu chercher, par son hypothèse de l'état de nature la véritable nature de l'homme⁵.

1. Barni, *op. cit.*, p. 208.

2. *Discours sur l'inégalité des conditions*, Préface, p. LVIII (éd. orig. cité par Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire*, Paris, 1897, t. III, p. 631,

3. *Discours sur l'origine et les fondements, etc.*, *op. cit.*, t. VII, p. 50.

4. C'est cette ignorance de la nature de l'homme qui jette tant d'incertitude et d'obscurité sur la véritable définition du droit naturel; car l'idée de droit, dit M. Burlamaqui, et plus encore celle du droit naturel, sont manifestement des idées relatives à la nature de l'homme. « C'est donc de cette nature même de l'homme, de sa constitution et de son état qu'il faut déduire les principes de cette science... Mais parmi les plus graves écrivains, à peine en trouve-t-on deux qui soient du même avis sur ce point... » (*Œuvres compl.*, *op. cit.*, pp. 35 et s.). « Mais tant que nous ne connaissons point l'homme naturel, c'est en vain que nous voudrions déterminer la loi qu'il a reçue, ou celle qui convient le mieux à sa constitution. »

5. V. Barni, *Histoire des idées morales*, *op. cit.*, t. II : « Ce qu'il faut donc voir surtout, c'est d'abord ce grand principe de retour à la nature de l'homme comme

Il a imaginé cet état de nature pour (comme le dit Renouvier¹) se former un modèle qui, composé de certains traits moraux dont notre expérience de l'homme nous suggère l'idée, et du trait commun à l'animalité, la fixité des mobiles d'actions ou principes, nous permette de bien juger de notre état présent ».

C'est par la connaissance de la nature primitive de l'homme que, d'après Rousseau, on pourrait définir le droit naturel. Et il ne s'agit pas ici d'un droit naturel subjectif, mais des règles de droit naturel².

Qu'on ne cherche donc pas dans l'hypothèse de l'état de nature (lequel n'a point existé, d'après l'aveu même de Rousseau), un droit subjectif naturel de l'homme.

D'ailleurs, dans cet état de nature de Rousseau, le droit ne pouvait guère exister. Car, d'après Rousseau, cet état est purement instinctif, et il y a équilibre entre les besoins et la faculté de les satisfaire³, où les hommes ne sont ni bons ni mauvais⁴ et où la notion du mien et du tien et l'idée de jus-

au type primitif, principe excellent par lui-même ». Et, p. 215 : « Rechercher les principes du droit politique tels qu'ils dérivent de la nature même de l'homme, c'est ce qu'il appelle, dans l'*Emile*, remonter à l'être de nature. Mais il ne s'agit plus ici, comme dans le *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, d'un état de nature imaginaire ou d'un état primitif hypothétique, de l'état par lequel on suppose que les hommes auraient commencé; il s'agit de savoir ce qu'ils sont naturellement ou ce que leur nature veut ce qu'ils soient; si, par exemple, ils sont naturellement esclaves ou libres, associés ou indépendants, et ce qui peut rendre légitime l'établissement de la société civile, de quelque manière qu'elle se soit fondée d'ailleurs. Voilà ce qu'il faut bien comprendre pour ne pas se méprendre, comme on l'a fait souvent, sur la pensée et la méthode de Rousseau. »

1. Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire*, op. cit., t. III, p. 631.

2. Renouvier, op. cit., p. 631.

3. Höffding, *Histoire de la philosophie moderne*, op. cit., t. I, p. 513.

4. « Il paraît d'abord que les hommes dans cet état, n'ayant entre eux aucune sorte de relations morales ni de devoirs connus, ne pouvaient être ni bons ni méchants et n'avaient ni vices ni vertus, à moins que, prenant ces mots dans un sens physique, on n'appelle vices dans l'individu les qualités qui peuvent nuire à sa propre conservation, et vertus celles qui peuvent y contribuer; auquel

tice sont inconnus¹.

De tout ce qui précède, il résulte que l'individualisme du droit subjectif, c'est-à-dire la conception de l'autonomie de la volonté qui postule que l'homme a des droits subjectifs à raison de l'état de nature, conçu comme un état présocial qui aurait réellement existé, ne peut se baser sur les auteurs qui se sont occupés, principalement, de l'état de nature.

2° *Le droit naturel*. — La doctrine individualiste conçoit le droit naturel comme un droit subjectif, c'est-à-dire comme un pouvoir de volonté. A ce titre, elle ne peut se baser sur la doctrine du droit naturel qui le conçoit comme un droit objectif, comme une règle de droit. Même si nous avons recours au créateur² du système du droit, désigné sous le nom de droit naturel, Hugo Grotius³, nous n'y trouverons pas, sous ce titre, une notion semblable à celle que la doctrine classique appelle « droit subjectif ». Ce que Grotius qualifie de droit naturel est sans doute un droit objectif, une loi naturelle. Cela ressort de plusieurs passages de son œuvre⁴. Il est vrai que la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen a proclamé les droits naturels, individuels de l'homme.

cas il faudrait appeler le plus vertueux celui qui résisterait le moins aux simples impulsions de la nature. » Rousseau, *Discours sur l'origine, etc.*, *op. cit.*, p. 93.

1. « Avec des passions si peu actives et un frein si salutaire (il fait allusion à la pitié) les hommes plutôt farouches que méchants et plus attentifs à se garantir du mal qu'ils pouvaient recevoir que tentés d'en faire à autrui, n'étaient pas sujets à des démêlés fort dangereux. Comme ils n'avaient entre eux aucune espèce de commerce, qu'ils ne connaissaient par conséquent, ni la vanité, ni la considération, ni l'estime, ni le mépris, qu'ils n'avaient pas la moindre notion du tien et du mien ni aucune véritable idée de la justice. » *Œuvres complètes*, *op. cit.*, pp. 102-103.

2. Stahl, *Histoire de la philosophie du Droit*, Paris, 1880, tr. franç., p. 147.

3. Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625.

4. Grotius, *op. cit.*, Discours prélim., § 5 et s., aussi liv. I, c. I, § 5; P. Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports, etc.*, 3^e édit., 1887, t. II, pp. 227 et s.; Höffding, *Histoire de la philosophie moderne*, t. I, pp. 57 et s.; Stahl, *Histoire de la philosophie du Droit*, trad. franç., Paris, 1880, pp. 147 et s.

On a prétendu que les hommes qui avaient rédigé cette Déclaration s'étaient inspirés de la philosophie politique des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, et surtout des doctrines politiques de Rousseau¹. C'est possible; mais nous croyons que, de deux choses l'une : ou l'expression « droit naturel de l'homme » n'a pas la signification que la doctrine classique donne à ces termes, où les hommes de la Révolution française se sont trompés sur la signification des doctrines qu'ils croyaient mettre en application².

M. Bonnard a bien vu cette nature non volontariste mais objective du droit naturel, quand il a écrit : « Le droit naturel a sa source et son fondement dans la nature des choses et dans la justice de son contenu. La nature des choses, qui est à la base du droit naturel, peut être soit la nature de l'être humain et les prérogatives qui en découlent, soit des éléments ration-

1. Pour les sources historiques de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, v. Saripolos, *Système de Droit constitutionnel et de Droit public général*, Athènes, 1903 (en grec), p. 41 et pp. 59 et s. V. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, Leipzig, 1895, qui a été traduit en français sous le titre *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1902, avec préface du professeur Larnaude. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, Paris, 1901.

2. V. Saripolos, *Système de Droit*, *op. cit.*, p. 82 où il écrit : « Le rapport historique entre le *Contrat social* et la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789, nous le soutenons encore en nous basant sur les considérations suivantes : Celui qui veut trouver l'origine historique d'une institution ou d'une idée politique, doit oublier ses propres jugements, pour pénétrer ceux des hommes de l'époque (de la Révolution française), même s'ils étaient erronés. » Et p. 87 : « Jellinek trouve une opposition complète entre le *Contrat social* de Rousseau et les Déclarations des Droits de 1789, car il juge le premier, et avec raison, comme contraire à toute espèce de liberté individuelle, comme tout à fait despotique et tyrannique, et la Déclaration de 1789, comme purement libérale et individualiste. Mais cela, croyons-nous, n'est pas historique. Si, au lieu des justes jugements de Jellinek sur le *Contrat social*, on tient compte des idées et fausses espérances de Rousseau et de ses disciples, les jugements et conception des hommes du ^{xviii}^e siècle, sur le *Contrat social*..., on verra que l'idée de la Déclaration de 1789 dérive de l'esprit et des idées que Rousseau a proposées dans son *Contrat social*. Il y a entre le *Contrat social* et la Déclaration des Droits de 1789, une suite historique de tendances intellectuelles et une erreur sincère d'identité entre Rousseau et les membres de l'Assemblée Constituante qui ont voté, le 29 août 1789, la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. »

nels d'ordre purement métaphysiques ou empirico-rationnels, soit enfin, pour les positivistes, les rapports sociaux. Bref, il existe ainsi un « *donné à caractère objectif qui s'offre de lui-même à la conscience humaine* et qui fournit le contenu de la *norme* du droit naturel. Cette norme ainsi produite est considérée comme juste parce qu'elle est conforme à une certaine nature des choses. C'est cette justice du contenu de la norme qui fonde son impératif. La norme vaut, possède une valeur (*Geltung*), c'est-à-dire est impérative, parce qu'elle est juste; et elle est juste parce que son contenu est conforme à cette nature des choses qui est mise à sa base¹ ».

§ 6. L'autonomie de la volonté et le libéralisme.

Il s'agit de savoir s'il existe une relation entre l'autonomie de la volonté et le libéralisme?

On dit quelquefois que l'autonomie de la volonté est un élément de la liberté en général², ou que la volonté, cause de droit, se déduit de la théorie postulant que l'homme est libre par nature³.

Nous devons dire tout de suite que l'autonomie de la volonté a une relation directe avec une certaine conception du libéralisme, seulement.

Si nous prenons le libéralisme comme une doctrine enseignant qu'une liberté doit être laissée à l'individu, car cette liberté a la valeur d'un moyen pour arriver à une fin, nous ne

1. Bonnard, *Droit naturel et droit subjectif* (*Revue internationale de la théorie du Droit*, 1928-1929, fasc. 1, nov., pp. 1 et s., p. 3).

2. Duguit, *Transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e édit., 1920, pp. 52-53.

3. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 296.

pouvons alors concevoir une relation immédiate avec l'autonomie de la volonté. Il s'agit (nous l'avons vu aussi pour une espèce d'individualisme) d'une doctrine axiologique, finaliste ou téléologique.

Mais nous trouvons une relation de la doctrine de l'autonomie avec un libéralisme d'un autre genre, engendré logiquement par l'idée de l'autonomie.

Nous avons dit que la doctrine de l'autonomie de la volonté postule une volonté ayant une force première, une force initiale, originaire. Or il n'y a rien qui soit antérieur à elle et qui la limite. Cette force est donc libre. Cette liberté est la caractéristique de l'autonomie.

Pour mieux comprendre cette question, qu'il nous soit permis de la rattacher aux deux types connus de la philosophie de la liberté chez Dieu, à la philosophie de l'être et à celle de la liberté. La seconde philosophie pourrait s'exprimer dans la formule de Secretan : « Je suis ce que je veux¹ », c'est-à-dire, cette force originaire de la volonté est ce qu'elle veut. La première philosophie se traduirait en intervertissant la formule ci-dessus et serait : « Je veux ce que je suis ».

La philosophie de la liberté a été représentée au XVII^e siècle, par Descartes, pour désigner la liberté chez Dieu. Pour Descartes, Dieu est cause en soi, *causa sui*, qui crée, non seulement le monde, mais encore les vérités éternelles². Dieu serait, d'après Descartes, soumis à quelque chose, comme Jupiter au Styx, s'il y avait en dehors et au-dessus de lui un ordre de vérité qu'il n'ait pas créées³.

1. Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie, etc., op. cit.*, p. 888.

2. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 851.

3. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 851.

La volonté de Dieu est la spontanéité absolue, elle n'est soumise à aucune règle de vérité ou de bonté qui serait dans l'essence de Dieu; mais elle se déploie librement et, en se déployant, produit le vrai et le bien.

Comparer à ce sujet le passage de Fénelon¹ où il écrit : « Tandis que l'homme ne peut rien choisir prudemment qu'en tant qu'il est déterminé par une raison de la volonté, Dieu est libre d'une liberté plus supérieure. Il n'a besoin d'aucune raison qui le détermine; il met la raison du côté de son choix et porte le bien de quelque côté qu'il se trouve ».

C'est une doctrine de la liberté divine qui est opposée, dans un certain sens, à la philosophie des causes finales. Pour expliquer l'action de Dieu on excluait les raisons de nature téléologique. Cette nature a, comme origine, le stoïcisme, pour lequel Dieu est lui-même le premier² mobile.

Nous n'avons qu'à rappeler les fameuses divergences d'opinions sur la nature de la grâce divine. La spontanéité de la volonté divine ne se déclare seulement pas dans la création de la nature, mais encore dans les distinctions de la grâce. Pour les uns, la grâce est un don gratuit. Dieu, en la distribuant, « n'est obligé à aucune délibération et n'est soumis à aucune fin³ ». C'est la doctrine de Fénelon, tirée en grande partie de Saint Augustin qui enseigne, en effet, que le concept même de la volonté implique la liberté⁴.

Selon l'autre philosophie, Dieu veut ce qu'il est. Il agit toujours selon ce qu'il est... selon la vraie et immuable justice,

1. Fénelon, *Œuvres*, t. II, p. 326.

2. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 814.

3. Gibier, *Œuvre sur le libéralisme de la divinité et de la créature*, 1630, pp. 190 et s.

4. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 334.

c'est-à-dire, selon l'ordre immuable des perfections qu'il enferme dans son essence. La volonté de Dieu suit l'entendement¹. Selon Saint Thomas, la grâce n'est pas un don gratuit, mais un droit pour l'homme.

Nous voyons clairement les caractéristiques de la première doctrine. Elle postule, pour Dieu, une volonté arbitraire, spontanée, automatisme absolu, une liberté d'indifférence voisine du bon plaisir et dont les décrets ne seraient point motivés. Cette volonté est au-dessus de toute raison; elle n'a comme règle que sa propre initiative, elle agit comme il lui plaît, et le juste et le bon sont manifestation de son activité.

Nous n'entrerons point dans la discussion de ces deux doctrines qui appartiennent au domaine de la théologie. Si nous y avons fait allusion, c'est pour faciliter la compréhension de l'autonomie de la volonté, en montrant qu'elle a déjà été exposée par les théologiens, en ce qui concerne la volonté divine. En effet, avec la doctrine de la liberté de la volonté divine le juste et le bon sont ce qui plaît à Dieu; c'est le mode de manifestation de la volonté divine; c'était la thèse de justice des docteurs scolastiques². Dans Scot et Guillaume d'Ockəm, dit Renouvier, «les deux grands docteurs franciscains admettent sans hésiter que ce qui est juste peut devenir injuste, et réciproquement, si Dieu le veut. C'est là une des questions sur lesquelles la subtilité scolastique arrive au renversement de ce qu'on pouvait regarder comme les principes les plus sacrés³) ».

1. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 1003.

2. Renouvier, *Philosophie analytique de l'His'oire*, Paris, 1896, t. III, p. 121.

3. Renouvier, *op. ci.*, pp. 121-122. Comp. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 336, où on voit que, d'après Scot, c'est par un acte libre que Dieu crée le vrai et le bon. Comp. aussi Secretan, *Philosophie de la liber é*, t. I, p. 81.

Comparer Gerson¹ qui enseigne : « La justice est ce que Dieu veut, et ce qu'il défend est une injustice ».

Pour Gerson, ce n'est pas parce qu'une action est injuste qu'elle est interdite, mais au contraire elle est injuste parce qu'elle est interdite.

Cette doctrine, transportée du ciel sur terre, constitue la doctrine de l'autonomie de la volonté. En effet, cette dernière doctrine a détrôné Dieu et a mis à sa place l'homme.

Dans la doctrine de l'autonomie de la volonté, la volonté humaine est une force initiale qui ne tire sa force ni de Dieu, ni de la nature; c'est une volonté libre dans le sens de la liberté absolue et non au sens de « liberté de l'être ». La justice humaine n'est que ce que cette volonté libre, veut... (puisque c'est une force première); toute manifestation de cette volonté constitue un droit et le droit ne peut se concevoir que comme une manifestation de volonté.

Il est plus facile maintenant de saisir la différence de cette doctrine avec ce que Kant a appelé « autonomie de la volonté ». Chez Kant, la volonté est prise d'abord comme une volonté pure, abstraite, comme un noumène². D'autre part, cette volonté n'est pas une force première; elle est déterminée par la raison pure, par une maxime, par une règle universelle qu'elle se donne mais qui, cependant, est toujours la même. C'est le pouvoir de se déterminer par des motifs rationnels, contre le désir, contre les inclinations naturelles³; c'est, en d'autres termes, une volonté raisonnable qui, si elle n'est pas

1. Guerson, *Opera*, édit. Evers, 1706, t. I, p. 147, et t. III, pp. 13 et 22. Comp. Renouvier, *Philosophie analytique*, *op. cit.*, t. II, p. 212.

2. V. plus haut, pp. 38 et s.

3. Renouvier, *op. cit.*, t. III, pp. 390 à 391.

déterminée par la raison pure, se confond, au moins, avec cette raison. C'est la raison elle-même qui est toujours la même. Elle est subordonnée à son essence et non aux choses, aux objets du vouloir.

Tel n'est pas le cas dans l'autonomie de la volonté de la doctrine classique française. Ici, la volonté n'est pas une volonté pure, mais une volonté réelle. D'autre part, il s'agit d'une volonté qui ne serait déterminée ni par la sensibilité, ni par la raison, mais d'une volonté entièrement libre, libre-arbitre, une volonté capricieuse. C'est un *deus ex machina* terrestre, qui juge, qui agit librement, et tout ce qu'il fait est juste. La justice ne peut être conçue que comme une manifestation de cette volonté.

Ce n'est donc pas la volonté pure de Kant; ce n'est pas non plus la doctrine chrétienne de la volonté qui subordonne la volonté humaine à la volonté divine. Ce n'est pas non plus la volonté telle qu'elle est conçue par les déterministes (volonté toujours déterminée par la nature). C'est une volonté non subordonnée à la nature, en dehors de la nature; c'est le pouvoir de choisir et d'exécuter telle ou telle action sans qu'aucun motif le détermine¹. C'est une doctrine qui rejette le dogme de l'enchaînement causal universel. Ce n'est, en somme, qu'une manière d'application de la doctrine athéiste de la puissance pure ou force indéterminée, comme origine des choses qui est substituée à la doctrine de la volonté de Dieu².

Un tel libéralisme sort tout naturellement de l'idée de l'autonomie de la volonté.

1. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 1003.

2. Renouvier, *op. cit.*, t. III, p. 121.

DEUXIÈME PARTIE

Critique de la conception classique du rôle de la volonté dans les actes juridiques

Cette critique doit être faite à deux points de vue :

On peut d'abord se placer à un point de vue purement théorique qui consiste à juger cette conception classique quant à sa correction logique et sa vérité dogmatique. A cet égard, nous examinerons si la base sur laquelle la conception classique a érigé son édifice est solide, si ses différents éléments sont à l'abri de la critique. Bref, nous examinerons la valeur intrinsèque de la théorie dynamique de la volonté. Nous constaterons qu'il est difficile de l'admettre de ce point de vue théorique.

Mais on peut aussi se placer à un point de vue empirique et pratique, cela pour répondre à ceux qui, voulant laisser de côté la question de sa valeur intrinsèque, tiennent à garder la conception classique pour servir à construire techniquement certains principes de droit. Or de ce point de vue il y a lieu de se demander si la conception n'est pas en opposition avec certains faits et certaine donnée du droit positif, si elle n'entraîne pas des conséquences pleines de difficultés.

Il y aura lieu de procéder à cet examen tant dans le domaine du droit privé que dans celui du droit public.

CHAPITRE PREMIER

LA VOLONTÉ ET SON RÔLE DANS LE DOMAINE DU DROIT AU POINT DE VUE THÉORIQUE.

Nous avons vu que la conception classique sur le rôle de la volonté dans l'acte juridique comporte que la volonté y est la cause créatrice de l'effet de droit.

C'est cette idée dont il nous faut ici faire l'examen d'un point de vue théorique pour voir si elle repose sur des bases solides.

Il nous faudra donc prendre successivement les notions de volonté et de cause, l'idée de volonté en tant que cause et les effets que peut produire cette cause qui serait la volonté pour en faire l'examen critique.

Nous verrons toutes les difficultés que soulèvent les notions de volonté et de cause, combien il est difficile de concevoir la volonté en tant que cause des effets qu'on prétend lui imputer et surtout les difficultés qu'il y a à la considérer comme cause créatrice de l'effet de droit dans l'acte juridique.

Section I

LES NOTIONS DE VOLONTÉ ET DE CAUSE.

La volonté joue un rôle et ce rôle serait un rôle de cause.

Il faut donc savoir ce que c'est que la volonté. Avant de connaître un effet, sa cause doit être exactement connue en elle-même. La volonté étant cause il faut donc savoir quelle est sa substance, ce qu'il y a de spécifique dans ce phénomène.

D'autre part si la volonté est cause, il est nécessaire aussi de savoir ce qu'est une cause. Cela est nécessaire pour pouvoir se faire une idée exacte du rôle de la volonté. Si on dit qu'une chose est cause d'une autre, il faut pouvoir dire ce que cela signifie « être cause ».

Or, tant sur la conception de la volonté que sur la notion de cause, on trouve le plus grand flottement et la plus profonde incertitude. C'est donc bien dangereux de vouloir construire tout le droit sur des bases aussi fragiles. Il est peut-être imprudent de prétendre faire une théorie du droit de valeur universelle (*allgemeingültig*) sur des bases aussi contestées.

§ 1. La volonté.

Il faut d'abord remarquer que les juristes ont pris à tort cette notion comme quelque chose allant de soi, que tout le monde connaît et qui, par conséquent n'a point besoin d'être défini. Ils ne s'y sont pas arrêtés pour en dégager une signification précise.

Le terme volonté est très équivoque. Les divergences d'opi-

nions en ce qui concerne la volonté sont fort nombreuses¹. Les psychologues sont en désaccord non seulement sur la nature de la volonté, mais aussi sur le critérium qui fait reconnaître l'acte de volonté. La difficulté augmente quand on essaie de distinguer de la volonté les autres phénomènes psychologiques tels que « la tendance », « l'instinct », « l'habitude », « le désir », « le réflexe simple », « les réflexes sus-élémentaires² », etc,

Il n'entre pas dans notre sujet de développer les diverses conceptions proposées concernant la volonté³. Cela serait néanmoins fort utile pour l'examen des problèmes que soulève la volonté.

Il serait donc très opportun de rechercher ce que la doctrine classique entend par volonté quand elle postule que cette volonté est cause de l'effet de droit. Il faudrait voir, quelle est parmi les multiples définitions proposées quant à la volonté, celle que la théorie classique adopte.

Nous voudrions envisager une autre question. Ce serait celle de savoir si quand on parle de la volonté, on entend par là seulement un certain fait psychologique interne, en tant que tel, ou bien en plus la réalisation de ce fait, son extériorisation par un ou plusieurs mouvements corporels.

Car les psychologues ne sont pas d'accord à ce sujet. Ainsi,

1. P. Janet, *L'automatisme psychologique*, 3^e éd., 1899, pp. 470 et s.; Fleury, article dans le livre *Les miracles de la volonté*, Paris, Montaigne, p. 67; Höfding, *Esquisse d'une psychologie fondée sur l'expérience*, tr. fr., Paris, 1900, p. 406; id., *Le concept de la volonté* (*Revue de Métaphysique et de Morale*, 1907, t. I, pp. 1 et s.); Malappert, *Leçons de philosophie*, 8^e éd., Paris, Hatier, t. I, p. 411.

2. Dumas, *Traité de Psychologie*, t. I, pp. 281 et s.

3. Nous renvoyons à ce sujet au chapitre écrit par M. Blondel dans le *Traité de Psychologie*, de Dumas, t. II, chap. V, p. 33 et s., et surtout pp. 369 et s.; v. aussi Pierre Janet, *L'automatisme psychologique*, p. 470 et s.; Kulpe, *La Théorie de la volonté dans la nouvelle psychologie*, compte rendu, *Revue philosophique*, 1889, pp. 220 et s.

pour certains, Ribot par exemple, la volonté, c'est le passage à l'acte. La volonté n'est pas simplement la résolution. « Le choix, dit Ribot¹, n'est qu'un moment dans le processus volontaire. S'il ne se traduit pas en acte, immédiatement ou en temps utile, il n'y a plus rien qui le distingue d'une opération logique de l'esprit. Il ressemble à ces lois écrites qu'on n'applique pas. »

Pour d'autres, au contraire, l'essence de la volonté réside dans le phénomène interne. « Le vouloir, dit James², s'achève dans la conscience; il n'est qu'un rapport entre cette conscience et ses idées. » « Le vouloir s'achève dans la conquête de la conscience par l'idée, que l'idée se réalise ou non, cela ne le regarde point. La volition est un acte exclusivement psychique et moral et qui est parfait dès qu'il a installé la représentation à demeure dans la conscience, les mouvements consécutifs à ces représentations ne sont ici que des épi-phénomènes, tout-à-fait accessoires, qui relèvent de ganglions nerveux fonctionnant hors de la conscience. »

Dans ces deux cas, la volonté implique, de toute façon, un fait psychologique interne. Alors, une autre question se pose. Quelle est la nature de ce fait ? Quelle est sa place parmi les autres phénomènes psychologiques ? La volonté est-elle un phénomène d'ordre intellectuel ou d'ordre affectif ? Ou bien est-elle plutôt un phénomène *sui-generis* ? Car les trois con-

1. Ribot, *Les maladies de la volonté*, 30^e éd., Paris, Alcan, 1919, p. 37; comp. Nabert, *La causalité psychologique*, thèse lettres, pp. 323 et s. qui, après avoir cité la définition de la volonté donnée par Bradley, — « Une idée avec laquelle le moi est identifié *se réalise* elle-même » — procède à l'analyse de cette définition en disant : « Une résolution n'est pas une volition. La Psychologie ne saurait sans arbitraire limiter la volition aux seuls phénomènes psychiques en les isolant de la suite normale qu'ils comportent dans le corps et dans le monde extérieur ».

2. W. James, *Précis de Psychologie*, trad. fr., E. Baudin et G. Bertier, 3^e éd., 1912, p. 598.

ceptions ont été soutenues. Ainsi, pour les théories dites intellectualistes, dont le principal représentant est Herbart, le fait interne est constitué par des représentations¹. Pour Herbart, ces représentations sont des forces dont le jeu détermine le mouvement corporel².

Cette théorie intellectualiste a été critiquée. On lui a reproché de postuler cette chose invraisemblable qu'un état purement intellectuel peut effectuer un mouvement corporel³.

On a proposé alors une autre conception que l'on pouvait appeler conception affective de la volonté. On a dit que le phénomène psychologique afférent à la volonté est un état affectif.

Ainsi, selon Taine, volonté signifie « : l'énergie plus ou moins grande de la tendance définitive et fixée⁴. »

Pour d'autres, le fait psychologique participe aussi bien de la vie affective que de la vie intellectuelle.

1. Cette théorie a été soutenue sous d'autres formes, par plusieurs psychologues. Ainsi par exemple, pour Lapie, il y a volonté quand il y a pour antécédents deux jugements conscients, dont l'une déclare un but digne d'être atteint, et dont l'autre déclare possible de trouver les moyens pour l'atteindre. Une action, dit-il, est volontaire quand elle est préjugée bonne et possible; et il conclut que la volonté n'est au fond qu'une forme particulière de l'intelligence (Lapie, *Logique de la volonté*, thèse lettres, 1902, pp. 8 et s.). D'autres, au lieu de *jugement* disent *idée*, par exemple pour Maudsley (*Physiologie de l'esprit*, tr. fr., 1879, p. 403 : « l'acte volontaire, expression finale de l'élaboration idéationnelle »). Toutes ces opinions s'accordent au fond à reconnaître que le fait psychologique de la volonté est un fait intellectuel.

2. Dumas, *Traité de psychologie*, t. II, p. 378.

3. Ribot, *Les maladies de la volonté*, p. 8 : « En réalité une idée ne produit pas un mouvement : ce serait une chose merveilleuse que ce changement total et soudain des fonctions. Une idée, telle que les spiritualistes la définissent produisant subitement un jeu de muscles ne serait guère moins qu'un miracle ». Cf. P. Janet, *L'automatisme psychologique*, 3^e éd., 1899, p. 474 : « Comment les jugements déterminent-ils l'activité... cela ne semble guère intelligible ».

4. Taine, *De la volonté* (un fragment d'un traité de psychologie, 1853-1855, *Revue philosophique*, 1900, t. II, pp. 441 et s. et 459); comp. de Fleury, article dans *Les miracles de la volonté*, Paris, Montaigne, p. 76 : « Tenons donc pour chose assurée que la volonté de l'homme n'est jamais qu'une résultante; constatons qu'elle est indépendante de l'entendement proprement dit, qu'elle n'appartient en aucune façon à la psychologie de l'intellect, mais uniquement à la psychologie affective ».

Ce n'est pas un état intellectuel pur, dépouillé de tout prolongement affectif, mais l'état intellectuel pourvu d'une résonance affective. C'est la théorie de Wund¹. « Toute représentation se double d'un état affectif. »

Mais bien avant Wund, Alexandre Bain a soutenu pareille conception². D'après lui, une représentation du mouvement contraire ne suffit pas à le déclancher. Il lui faut aussi la représentation préalable d'un état de plaisir ou de peine.

En dehors de ces conceptions, il en existe une autre d'après laquelle ce phénomène psychologique interne qui caractérise la volonté est un fait *sui-generis*.

D'après W. James, ce qui constitue l'essence de la volonté, c'est ce phénomène *sui-generis* qui intervient et qu'il appelle *fiat*³. D'ailleurs il est difficile de bien dégager ce que James entend par *fiat*, car il ne semble pas le concevoir comme un pouvoir spécial, indépendant des motifs, comme un *deus ex-machina*⁴. Si, maintenant, au contraire, pour définir la volonté, on se dirige du côté de l'acte corporel même, alors il faut bien préciser les caractéristiques qui permettront de discerner le mouvement volontaire des autres mouvements de l'activité humaine, tels : les actes instinctifs, réflexes, automatiques, émotionnels, habituels, etc.

Les juristes classiques ne se sont pas nettement posé les questions ci-dessus. Il ne paraît guère qu'ils aient adopté l'une

1. Dumas, *Traité de psychologie*, t. II, p. 379 et s.

2. Bain Alex, *Les émotions et la volonté*, Paris, Alcan, 1885; comp. Dumas, *Psychologie*, I, pp. 290 et s. La conception de Renouvier, bien qu'un peu différente de celle de Bain, peut entrer dans la conception dont il est question. V. Renouvier, *Essai de critique générale, Traité de psychologie rationnelle d'après le principe du criticisme*, Paris, Colin, 1875, pp. 383 et s.

3. W. James, *Précis de psychologie*, pp. 559 et s. et 571 et 599.

4. Cf. Dumas, *Traité de psychologie*, t. II, pp. 384 et s.

des théories précitées. Il semble, au contraire, qu'ils ont une tout autre conception de la volonté.

La théorie classique considère la volonté comme une faculté distincte de l'homme, comme quelque chose en soi, comme une entité réelle, une force libre, première, un *deus ex machina*¹ qui gouverne le corps humain.

Cette faculté se résume dans le « je veux² ». On attribue à ce « je veux » une existence réelle, distincte.

Une pareille conception se base sur le sens que le vulgaire lui attribue couramment. Quand on demande : Qu'est-ce qu'un acte volontaire ? La réponse est : L'acte qui a comme cause la volonté. « Je remue mon bras parce que je veux le remuer. »

Cette explication revient, en fait, à une tautologie. Cette réponse implique la reconnaissance, dans l'organisme, d'un pouvoir qui est un commencement absolu et indéterminé³.

C'est sur cette notion que l'ancienne psychologie s'appuie pour décrire la volonté⁴. Elle distingue trois facultés de l'esprit : l'entendement qui conçoit une fin; le jugement qui examine les motifs; la volonté qui prononce (comme un juge qui a écouté l'exposé de l'affaire et les plaidoiries) la décision en mettant fin à la délibération par un *fiai*⁵.

D'où quatre étapes dans l'acte volontaire : l'évocation des motifs, la délibération, la décision et l'exécution⁶.

1. Fouillée, *Les idées forces*, t. II, p. 223.

2. Dumas, *op. cit.*, p. 300.

3. Dumas, *op. cit.*, p. 283.

4. Dumas, *op. cit.*, p. 371.

5. Baudin, *Psychologie*, Paris, 1917, p. 570 : « La décision : c'est le *fiai* volontaire (un acte de volonté en tant qu'il est considéré comme l'origine de quelque chose de nouveau réalisant une fin déjà contenue, comme idée, dans cet acte, de volonté) le « je veux » qui met fin à l'indécision et à l'hésitation par le choix définitif d'un des possibles » ; Weber, *Une étude réaliste de l'acte et ses conséquences morales* (*Revue de Métaphysique et de Morale*, 1874, pp. 533 et s., p. 540).

6. Dumas, *op. cit.*; Rouston, *Leçons de philosophie*, Paris, Delagrave, 1928, 11^e éd., t. I, pp. 509 et s.

C'est l'analyse traditionnelle de la volonté. De ces quatre éléments, la décision seule constitue l'acte volontaire, les deux premiers : évocation des motifs et délibération, étant d'ordre intellectuel¹, et l'exécution n'étant que « la réalisation de l'acte volontaire plutôt que l'acte lui-même² », « une simple conséquence logique³ », elle ne dépend que des circonstances extérieures.

On a beaucoup critiqué cette conception⁴. On l'a trouvée très artificielle. Elle présente un schéma qui ne cadre pas avec la réalité psychologique, car les éléments précités ne sont pas aussi nettement distincts qu'on les présente. Il est impossible d'isoler les états psychologiques qui sont solidaires entre eux et forment un processus continu⁵.

D'autre part, cette conception a fait naître d'autres critiques plus fondamentales : D'abord, l'affirmation que la volonté constitue une faculté propre et indépendante, qui serait une entité, réelle force en elle-même et libre, un commencement absolu, a été vivement combattue.

« Si on entend, dit Fouillée⁶, par volonté, une faculté spéciale qui interviendrait au milieu des faits internes, comme un *deus ex machina*, pour en changer soudain la direction, l'intensité, la durée, etc., alors on a raison de rejeter cette faculté qu'il est impossible et de constater et de comprendre⁷ ».

1. Dumas, *Traité de psychologie*, t. II, p. 371.

2. Baudin, *Psychologie*, Paris, 1917, p. 570.

3. Paulhan, *La volonté*, Paris, Doin, 1910 p. 76.

4. Dumas, *op. cit.*, t. II, pp. 371 et s.; Roustan, *op. cit.*, p. 510,

5. Roustan, *op. cit.* p. 510.

6. Fouillée, *Les idées forces*, t. II, pp. 223, comp. p. 15.

7. Ch. Bastian, *Les processus nerveux dans l'attention et la volition* (*Revue philosophique*, 1892, XXXIII, pp. 353 et s.) qui écrit : « Les phénomènes de volition ne sont donc pas l'œuvre d'une faculté spéciale, d'une mystérieuse entité; ils ne sont pas accomplis dans des centres moteurs; ils sont une simple trans-

Une telle volonté impliquant un commencement absolu « est tout simplement absurde¹ ». Il ne peut pas y avoir dans l'organisme une fonction qui fasse exception aux lois générales du déterminisme et du mécanisme²... « Elle n'a servi qu'à produire la doctrine absurde de la liberté³. »

Cette conception, selon les critiques, semble être rattachée à des raisons d'ordres métaphysique et psychologique. La première catégorie serait de séparer pendant longtemps et d'opposer même la nature humaine au reste du monde, de croire l'homme comme une exception dans la nature et, par tant, de considérer les phénomènes psychiques comme étant radicalement différents des phénomènes naturels⁴, comme étant

cription en action de l'intellect; de la sorte se trouve amplement justifié le mot de Spinoza : « Voluntas et intellectus unum et idem sunt ». Toute conception de la volonté comme être séparé est, en fait, une illusion, une espèce de fantôme psychologique ».

1. Dumas, *Traité, op. cit.*, t. I, p. 283.

2. Dumas, *op. cit.*, t. I, p. 283 : « De plus, quand on se prend au piège grossier de cette explication on est fatalement amené à poser des questions insolubles et à se demander, après Hume et bien d'autres, comment un « je veux » peut faire mouvoir un membre.

3. Taine, *De la volonté* (un fragment d'un traité de psychologie dans la *Revue philosophique*, 1900, t. II, p. 441 et s., p. 459). V. aussi le passage suivant, p. 465 : « On voit maintenant comment ils sont arrivés à construire ce qu'ils appellent volonté. Ayant rassemblé les résolutions en un morceau distinct des autres faits, ils ont appelé volonté le pouvoir de les produire, mot qui n'exprime qu'une qualité générale comme toutes les autres facultés. Faute d'avoir analysé la volition... ils ont séparé leur nouvelle faculté des autres, ayant besoin d'une cause ils l'ont mise dans cette faculté qui ainsi est devenue quelque chose de réel, une force. Ils lui ont donc ainsi attribué une existence distincte et une existence réelle, quand elle n'a en réalité, ni l'une ni l'autre ».

Comp. Payot, art. dans *Les Miracles de la volonté*, pp. 23 et s., où il affirme que c'est une illusion de prendre la volonté pour une faculté distincte : « je ne crois pas, dit-il, que la volonté puisse être considérée comme une force en elle-même ». Une tendance presque irrésistible nous pousse à imaginer derrière tout nom une réalité correspondante. Il n'en est rien... un acte de volonté est le produit d'une combinaison complexe et partant, très instable, d'éléments hétérogènes ». Comp. même livre, p. 66. Comp. Maudsley, *op. cit.*, pp. 381 et s., d'après qui le libre arbitre signifierait que la volonté se détermine elle-même, c'est-à-dire n'a point de cause.

4. P. Janet, *Les causes finales*, pp. 120 et s.

tout-à-fait spéciaux et ne se conformant pas avec l'ordre de la nature. « Il semblait, dit Maudsley¹, que l'homme fût sa propre loi, se gouvernât indépendamment de la nature en la contrôlant sans s'y soumettre. »

Une telle affirmation a été réfutée par plusieurs philosophes². « L'homme, répond Maudsley, n'est investi d'aucune autorité de ce genre; il ne contrôle qu'en se soumettant et ne conquiert qu'en obéissant. S'il ne se conforme pas à la nature, il est contrôlé en dépit de lui-même et paie cette erreur par de pénibles souffrances; tandis que la sagesse lui eût donné le bonheur. Nous n'avons donc point affaire à des mystérieuses puissances, se déterminant elles-mêmes, mais à des phénomènes qui, malgré leur incontestable complexité se prêtent éventuellement à une analyse complète³. »

La deuxième catégorie serait d'ordre psychologique : Si nous attribuons les mouvements de notre corps à une force spirituelle qui se résume dans la formule « je veux », c'est parce que les faits (nos représentations, nos tendances) qui provoquent ces mouvements se trouvent en grande disproportion avec ces mouvements mêmes qui seraient l'effet. Il y aurait donc inégalité de la cause et de l'effet⁴. C'est pour cette raison qu'on n'a pas l'idée de chercher une volonté derrière les mouvements passionnels ou violents, où les ten-

1. Maudsley, *Physiologie de l'esprit*, tr. fr. par A. Herzen, 1879, p. 325.

2. P. Janet, *op. cit.* « C'est que l'homme n'est pas en dehors de la nature opposé à la nature, mais qu'il fait lui-même partie de la nature, qu'il en est un membre, un organe, et dans une certaine mesure, son produit. Non seulement l'homme est dans la nature mais ses œuvres sont dans la nature; et ainsi l'industrie humaine elle-même est dans la nature. On est étonné de voir continuellement au XVIII^e siècle opposer la nature à l'art comme si l'art n'était pas lui-même quelque chose de naturel ».

3. Maudsley, *op. cit.*, p. 325.

4. Dumas, *Traité*, *op. cit.*, t. I, p. 300.

dances motrices sont assez puissantes pour nous expliquer « les effets réalisés¹. » Mais cette illusion de la volonté conçue comme « puissance de commencement » provient de ce que l'on ne tient pas compte « des mécanismes neuro-musculaires, » qui sont installés dans le corps humain, mécanismes indépendants et quasi automatiques que les représentations et les tendances actuelles n'ont plus qu'à déclancher². »

D'autre part, un autre fait psychologique est intervenu ici pour renforcer cette illusion de force première de la volonté : c'est la sensation de l'effort musculaire. Maine de Biran, on le sait, a voulu fonder toute sa psychologie de la volonté sur cet effort³. Mais cette théorie, après la puissante critique que W. James en a faite, ne peut plus être soutenue⁴.

En outre, nous reprochons à la conception de la volonté, telle qu'elle paraît être adoptée par la théorie classique, de prendre nettement parti pour le libre-arbitre.

Or, ce problème du libre-arbitre est un des plus redoutables de la métaphysique; aussi a-t-il été attaqué par de puissants esprits. Tout le monde connaît le célèbre passage de Spinoza : « Les hommes se trompent en ce point qu'ils peuvent être libres. Or, en quoi consiste une telle opinion? En cela seulement qu'ils ont conscience de leurs actions et

1. Dumas, *op. cit.*

2. Dumas, *op. cit.*, pp. 298 et s.

3. Maine de Biran, *Essai sur les fondements de la Psychologie et sur ses rapports avec l'étude de la nature*, 1812, édition Ernest Naville, Paris, 1859; comp. Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, Paris, Alcan, 1922, pp. 19 et s.; Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie*, Paris, Delagrave, 1887, pp. 111 et s.; Pierre Janet, *L'automatisme psychologique*, 3^e éd., 1899, pp. 471 et s.; Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*; Dumas, t. I, p. 300.

4. James, *Le sentiment de l'effort, critique philosophique*, 1881, t. II; du même, *Précis de psychologie*, pp. 578 et s.; comp. P. Janet, *L'automatisme psychologique*, pp. 471 et s.; Rey Régis, article dans la *Revue philosophique* de 1889, t. II, pp. 372 et s.; Maudsley, *Physiologie de l'esprit*, p. 382.

ignorent les causes qui les déterminent. L'idée que les hommes se font de leur liberté vient donc de ce qu'ils ne connaissent pas la cause de leurs actions; car, dire qu'elles dépendent de la volonté, ce sont là des mots auxquels on n'attache aucune idée. Quelle est, en effet, la nature de la volonté et comment meut-elle le corps ? C'est ce que tout le monde ignore et ceux qui élèvent d'autres prétentions et parlent des sièges de l'âme et de ses demeures prêtent à rire ou font pitié. En tout, ce que je puis dire à ceux qui croient qu'ils peuvent parler, se taire, « agir », en un mot, en vertu d'une libre décision de l'âme, c'est qu'ils rêvent, les yeux ouverts ».

Depuis, les psychologues y ont réfléchi¹, et, aujourd'hui, ceux qui ne veulent pas rejeter ce postulat du libre-arbitre hésitent, tout au moins, avant de se prononcer avec une certitude absolue². Même dans le cas où nous exécutons un mouvement volontaire, par simple caprice (remuer le bras par exemple), d'où toute détermination paraît exclue, et où il nous semble que notre volonté est la seule cause, si nous réfléchissons un peu, nous nous apercevons (comme le remarque justement M. Dumas³) que nous avons « en réalité, dans

1. V. Weber, Une étude réaliste de l'acte et ses conséquences morales (*Rev. de Métaphysique et de Morale*, pp. 531 et s. et p. 540 où il écrit : « Nous sommes si peu maîtres de nos résolutions que, souvent, dans le péril d'une décision à prendre, pleins de l'angoisse de l'avenir, nous attendons comme un miracle que la décision surgisse »).

Maudsley, *Physiologie de l'esprit*, *op. cit.*, p. 390 : « D'autre part, la résolution la plus ferme s'évanouit quelquefois, au moment de son exécution offusquée par la vraie volonté qui surgit tout à coup des profondeurs de l'être et détermine une action toute différente. L'inconscient vient surprendre et vaincre le conscient; de sorte que tant que nous n'avons pas agi, nous ne pouvons pas savoir avec certitude quelle est notre vraie volonté.

2. Lapie, *Logique de la volonté*, thèse lettres, Paris, 1902, qui définit la volonté comme un phénomène dont le moi croit être la cause (pp. 1-9).

3. Dumas, *Traité de psychologie*, t. I, p. 297. Comp. le passage suivant de Taine, *Revue philosophique*, 1900, t. II, pp. 463 et s. : « Quand j'ai pris une résolution, dit-on, je sais que j'aurais pu prendre le contraire. Je réponds que, dans

l'esprit, une représentation et le désir de nous démontrer à nous-mêmes notre propre motilité volontaire ou même un simple désir de jeu ».

Un autre défaut de cette théorie est, aussi, de s'en tenir à l'individu en méconnaissant l'influence que le milieu social (au sens très large donné à ce terme) exerce sur lui¹.

§ 2. La Cause.

La théorie classique emploie tout naturellement les mots : cause et force, sans se douter que ces termes soulèvent une des questions les plus redoutables et, comme dit Renouvier² « la plus désespérée peut-être de la métaphysique ».

Nous nous bornons, ici, à la critique de la cause, car la conception classique du rôle de la volonté semble adopter une conception de la causalité qui est assimilée à une force efficace, la conception dynamique de la cause. Par conséquent, la critique de cette conception de causalité est la même que celle que l'on peut adresser à la conception de la force.

On donne au mot « cause » des sens multiples qui ne font

ce cas-là, la conscience fait abstraction de la force inégale des tendances. Par exemple, je suis à ma fenêtre, je prends la résolution de ne me point jeter dans la rue. Je sais, dit-on, que je pourrais prendre la résolution contraire, oui, mais en faisant abstraction de l'inégalité énorme de forces qui existent entre le désir de faire le saut pour s'amuser et le désir de ne pas me casser le cou. Oui, en supposant des motifs très puissants, l'honneur mis en question, un pistolet mis sur la gorge, etc... Mais en conservant les deux tendances dans leur état d'inégalité actuelle, non ».

1. Dumas, *op. cit.*, pp. 385 et s. et 388 et s.

2. Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, t. II, p. 492. Comp. G. Sérel, *De la cause en physique* (*Revue philosophique*, 1888, XXVI, p. 644) : « Le problème de la cause est, peut-être, celui qui a donné lieu au plus grand nombre de controverses ».

qu'augmenter la complexité de la notion et, par suite, la rendent plus obscure¹.

Ce terme est usité, non seulement dans la physique mais aussi dans le droit. Nous le rencontrerons plus loin dans la partie de notre étude où nous traitons « de la cause des obligations », et nous avons eu l'occasion de signaler les difficultés relatives.

Cette notion de cause se rencontre également en droit pénal et les difficultés qu'elle a fait surgir n'en sont pas moins nombreuses². On retrouve enfin cette notion de cause à propos du rôle de la volonté dans les actes juridiques, tel que la théorie classique le conçoit.

En dehors du droit, le sens de la cause n'est pas nettement établi. On emploie ce terme pour désigner aussi bien la cause finale que la cause efficiente. De graves problèmes ont été posés tant en ce qui concerne la cause efficiente que la cause finale. Pour cette dernière nous renvoyons à l'ouvrage de P. Janet qui fait une étude approfondie de la question³.

Nous traiterons ici de la cause efficiente. C'est d'elle qu'il s'agit dans la théorie classique du rôle de la volonté dans les actes juridiques.

Outre les deux expressions : cause finale et cause efficiente,

1. Sérèl, *op. cit.*, affirme qu'il est difficile de trouver dans les ouvrages scientifiques une bonne définition de la cause bien que l'on parle continuellement. Thomas Reid, *Œuvres complètes*, traduction franç. par Th. Jouffroy, Paris, 1836, t. I, p. 364. « Ainsi le mot *cause* a été tellement prostitué et on lui a fait prendre tant de significations différentes dans les écrits philosophiques et dans la langue vulgaire, que sa signification propre et originelle s'est perdue dans le nombre. »

2. A ce sujet, voir Givanovitch, *Du principe de causalité efficiente en droit pénal*, thèse, Paris, 1908, où se trouve un exposé de multiples définitions proposées de cette notion.

3. Janet, *Les causes finales*, Paris, Baillière, 1876, in-8°; S. Prudhomme et Ch. Richet, *Le problème des causes finales*, Paris, 1902.

nous trouvons le mot cause uni à d'autres épithètes, comme cause instrumentale, cause occasionnelle, etc.,

D'autre part, Aristote distinguait quatre sortes de causes : La cause matérielle¹, la cause formelle², la cause efficiente³ et la cause finale⁴.

Nous ne nous occuperons que de la notion de la cause dite *efficiente*, et nous verrons qu'elle a donné lieu à de nombreuses controverses.

Dans les mentalités primitives, la conception de causalité est double.

(1^o On trouve d'abord une conception d'après laquelle la cause peut être qualifiée de *cause instrumentale* : c'est celle que l'on peut mettre en oeuvre pour atteindre un résultat⁵. C'est la conception la plus courante de la causalité. (Exemple : le jardinier qui arrose le jardin nous dira que c'est l'eau qui fait pousser la plante. Mais cela n'est pas suffisant. Il faut encore le grain, la chaleur, etc.) Le lien que nous saisissons de cause à effet n'est qu'une des multiples conditions provoquant un effet. Nous dirigeons notre attention sur celle qui a pour nous un intérêt pratique, car c'est elle que

1. C'est l'élément primitif (elle représente le concept de substance) il peut devenir ceci ou cela, il est susceptible de revêtir telle ou telle qualité mais de soi n'affecte aucune. C'est ce qui dans le changement subsiste, c'est la matière. Ravaisson, *Métaphysique d'Aristote*, t. II, p. 10; Janet et Seailles, *Histoire de la Philosophie*, Paris, 1887, p. 154; Renouvier, *Philosophie analytique de l'Histoire*, t. I, p. 465.

2. C'est ce qui détermine la matière, ce qui s'ajoute à elle pour en faire un être véritable, par exemple la forme d'Hercule donnée au bloc de marbre pour en faire la statue. V. mêmes références que celles de la note précédente.

3. C'est ce qui met en mouvement la matière et la forme pour en faire une réalité. Comp. Janet et Séailles, *op. cit.*

4. C'est le but que poursuit la cause efficiente en agissant. Ainsi par exemple, le sculpteur travaille « sous l'impulsion de l'amour de la gloire ou de la beauté ». V. Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 955.

5. Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, Paris, Alcan, 1922, pp. 90-91.

nous pouvons introduire par notre intervention personnelle pour obtenir le résultat que nous cherchons¹.

L'origine d'une telle conception du lien causal est l'instinct de conservation qui oblige à acquérir les connaissances nécessaires pour l'action.

Comme le dit M. Meyerson², « c'est par une synecdoque que nous définissons la cause en remplaçant le tout par la partie ».

Dans le langage courant, on désigne sous le nom de cause celui des antécédents qui, selon les cas, semble le plus important³. Mais ce n'est pas ainsi qu'on conçoit la notion scientifique de cause.

2^o Les mentalités primitives conçoivent aussi la cause sous la forme de ce qu'on pourrait appeler la *cause mystique*. Les primitifs imaginent un monde suprasensible (qui se trouve superposé au monde sensible), lequel est peuplé de causes, des forces qui expliquent la plupart des événements du monde terrestre⁴. Ce sont des forces invisibles qui causent l'effet visible. L'école sociologique de Durkheim a essayé d'expliquer cette conception de causalité des primitifs par l'influence du milieu social⁵.

La science ne pouvait pas accepter ces deux conceptions de causalité, la première comme trop partielle et trop contingente, la deuxième comme trop obscure et inintelligible.

1. Meyerson, *Identité et réalité*, 3^e éd., Paris, Alcan, 1926, p. 39.

2. Meyerson, *op. cit.*

3. Meyerson, *op. cit.*

4. Brunschvicg, *L'expérience humaine, etc.*, pp. 92 et s.; comp. Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, 1912, p. 258; Lévy-Bruhl, *La mentalité primitive*, Paris, Alcan, 1922, p. 450; du même, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Paris, 1910, p. 325.

5. Brunschvicg, *op. cit.*, pp. 102 et s.

Si l'on envisage maintenant l'histoire, on trouve plusieurs conceptions de la causalité.

Dans l'antiquité grecque¹, la théorie de causalité est tirée de la notion de forme. Chaque être tend à réaliser sa forme et semble accomplir, à cause de sa nature propre, les mouvements par lesquels il prendra sa forme définitive. La philosophie grecque a élaboré la cause qui agit à l'intérieur de l'être; elle n'a pas été faite pour interpréter les interactions des choses; cette explication porte plutôt sur les mouvements spontanés que sur les mouvements violents et elle laisse dans l'ombre le grand problème de la communication des êtres. Cette conception de causalité bien qu'ayant régné pendant des siècles a été abandonnée ensuite.

Au xvii^e siècle un bouleversement profond de la conception de causalité s'est produit. Une nouvelle théorie qui a rapport aux mouvements violents gagne les esprits. Les mouvements violents apparaissent les plus importants et peut-être comme les seuls. Le mouvement d'un corps dépend, à chaque instant, de l'action que les autres exercent sur lui et, dès lors, la causalité apparaît inévitablement comme un rapport à deux termes : le corps qui agit et celui qui reçoit l'action.

Toutes les doctrines de cette époque, doctrine mécanique de Descartes ou celle de Newton, etc., s'accordent sur ce point capital. Seul le dynamisme leibnizien fait exception en voulant réinstituer sous le nom de « force », la doctrine péripatéticienne. Mais le dynamisme de Leibniz qui traite tous les mouvements comme spontanés n'a jamais reçu une application pratique. Mais alors, après ce bouleversement de la conception

1. Brunschvicg, *op. cit.*, livre V.

de la causalité, la question a été posée de savoir si cette nouvelle conception de causalité peut, et dans quelle mesure, devenir intelligible.

Cette conception se représente la relation causale comme une action par laquelle un être agit sur un autre; c'est la théorie de la causalité assimilée à une force efficace. Le problème de la force, en effet, n'est qu'un aspect du problème fondamental de la causalité.

Mais comment saisir une telle relation causale ? Déjà Leibnitz et Huygens ont accusé Newton de revenir aux forces occultes des scolastiques par le fait qu'il postulait l'action à distance. Pour Huygens, l'action en contact seule semble intelligible. Mais est-elle vraiment plus intelligible l'action en contact ? Comment peut-on expliquer l'action transitive, le mode selon lequel le mouvement se communique d'un corps à l'autre, cette transition, ce glissement de la cause à effet ? Nulle part, même dans les cas des phénomènes les plus simples, nous ne pouvons y réussir.

Le phénomène de *choc* qui apparaît de prime abord comme simple et facilement intelligible ne déconcerte pas moins l'esprit que l'action à distance et soulève une foule de problèmes¹.

D'où l'éternelle critique de la causalité. Elle date depuis l'antiquité grecque. Déjà, Ænesidème a déclaré inintelligible cette transitivité de la cause et il a devancé ceux qui, comme Malebranche, Berkley, Hume et Kant, ont fait la même critique. Malebranche dans le sixième livre de *la Recherche de la Vérité*, expose sa célèbre doctrine des « causes occasionnelles ».

1. Meyerson, *op. cit.*, pp. 340 et s.

Pour lui, il n'existe point de forces ou de causes véritables dans le monde matériel et sensible. Dieu est la cause unique toujours efficace. Tous les phénomènes tant de l'âme que du corps se rapportent directement à la seule action de Dieu. Les créatures de Dieu, êtres vivants ou objets inanimés, ne peuvent pas être les causes du changement. Malebranche affirme l'inaction de l'âme et l'inaction du corps¹. Ces créatures de Dieu ne sont que des occasions à la suite desquelles la volonté divine se déclare².

Ainsi, quand une chose qui est en mouvement rencontre un autre élément, elle ne lui communique pas une force que lui-même n'a pas³. Le premier qui est considéré comme une cause naturelle n'est pas une cause réelle mais une occasion qui détermine le créateur de la nature d'agir de telle ou de telle façon⁴. Une cause véritable serait pour Malebranche celle « entre laquelle et son effet, l'esprit aperçoit une liaison nécessaire »⁵.

Or, l'argument de Malebranche est que nous ne saisissons aucune liaison nécessaire entre la soi-disant cause et l'effet. Malebranche a pris conscience que, en réalité, nous ne pouvons

1. Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, Paris, Leroux, 1896, en 4 vol., t. III, pp. 309 et s.; Brunschvicg, *L'expérience humaine, etc.*, p. 6; Malebranche, *Entretiens sur la métaphysique*, VII, 13 : « Il n'y a que le créateur des corps qui puisse en être le moteur. Le principe suffit pour lier, que dis-je, pour lier ? pour anéantir toutes nos facultés prétendues ». Fonsegrive, *Essai sur le libre arbitre*, pp. 169 et s.

2. Malebranche, *Entretiens sur la Métaphysique*, VIII, 2, 4, où après avoir parlé des décrets immuables de Dieu, il ajoute : L'efficace de ces décrets immuables n'est déterminée à l'action que par les circonstances des causes qu'on appelle naturelles et que je crois devoir appeler *occasionnelles* de peur de favoriser le préjugé dangereux d'une nature ou d'une efficace distinguées de la volonté de Dieu et de sa toute-puissance ». Comp. Janet et Seailles, *Histoire de la Philosophie*, Paris, 1887, pp. 789 et s.

3. Janet et Seailles, *Histoire de la Philosophie*, Paris, Delagrave, 1887, p. 790.

4. Malebranche, *De la recherche de la vérité*, Paris, 1712, t. III, p. 113; comp. Meyerson, *Identité et réalité*, op. cit., p. 343.

5. Malebranche, *De la recherche de la vérité*, VI, 8.

observer aucun rapport purement intelligible entre la cause et l'effet, et nous sommes incapables de déduire l'une par l'autre. Nous ne pouvons concevoir une connexion nécessaire, entre la cause et l'effet.

La croyance à la causalité a, comme origine, l'habitude et l'association d'idées¹.

A peu près à la même époque, Berkley a professé des idées analogues à celles de Malebranche. Berkley aussi, pour le même motif que Malebranche, nie toute connexion nécessaire entre les phénomènes qui se succèdent cependant régulièrement. Il élimine toute causalité du monde externe et ne reconnaît que des rapports de succession et de coexistence². Il réfute la prétention des physiciens à découvrir dans la nature des forces et des puissances réelles.

L'idée commune de ces deux philosophes est l'impossibilité de l'esprit de concevoir les connexions nécessaires.

Hume n'a fait en somme que développer cette même idée qui, au fond, n'est autre que celle de communication des substances³ ».

Dans l'apparition des phénomènes externes nous ne sommes jamais capables de découvrir aucune *force*, aucune *connexion* nécessaires entre deux phénomènes dont l'un serait la cause et l'autre l'effet; nous voyons simplement des successions⁴.

Ainsi l'impulsion de l'une des boules de billard s'accompagne d'un mouvement de la deuxième bille. Il n'y a rien là

1. Brunshvicg, *L'expérience humaine, etc.*, op. cit., p. 13.

2. Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie*, pp. 372 et s.; Renouvier, *Philosophie analytique, etc.*, p. 495; Meyerson, *Identité et réalité*, p. 115.

3. Meyerson, *Identité et réalité*, p. 342.

4. David Hume, *Essai sur l'entendement humain*, tr. fr. par David, Paris, Alcan, 1912, pp. 70 et s.

qui puisse suggérer l'idée de force et de connexion; nous ne voyons que deux faits successifs: la première boule s'approche de l'autre et son mouvement précède celui de la deuxième, c'est tout¹.

L'idée de cause est inintelligible. En effet, comment définir une cause ? Si on la définit comme une chose qui en produit une autre, il faut voir également ce que l'on entend par production, car produire est synonyme de causer et en donnant un synonyme au lieu d'une définition on tombe dans un cercle².

D'après Hume, la raison ne peut jamais donner naissance à l'idée d'*efficace*. « L'énergie de la cause » est inintelligible; ce que nous apprenons « par expérience, c'est la fréquente conjunction des objets sans être jamais capables de saisir rien de tel qu'une connexion entre eux »³.

Même si un fait en suit un autre pour la x^e fois, il n'est pas plus légitime que la première fois de conclure à une connexion nécessaire, car rien ne nous autorise d'affirmer que la connexion se vérifiera encore dans les cas futurs⁴.

Hume aussi, comme Malebranche et Berkley, place l'origine de cette idée de cause dans le fait de l'habitude et de l'association des idées.

On sait que la critique de Hume a réveillé Kant de son

1. D. Hume, *Traité de la nature humaine, De l'entendement*, tr. fr. par David, Paris, Alcan, 1912, p. 100.

2. D. Hume, *Essai sur l'entendement*, op. cit., p. 105 : « Quiconque tente une définition de la cause... sera obligé d'employer, soit des termes inintelligibles, soit des termes synonymes de celui qui s'efforce de définir ». Comp. p. 105, n. 1. Aussi p. 98 du *Traité de la nature humaine*, op. cit. : « Les termes d'*efficace*, d'action (agency), de pouvoir, de force, d'énergie, de nécessité, de connexion et de qualité productive sont tous à peu près synonymes : en sorte que c'est une absurdité d'employer l'un quelconque d'entre eux à définir les autres ».

3. D. Hume, op. cit., p. 77 (*Essai sur l'entendement*, op. cit.).

4. D. Hume, op. cit., p. 83 : « Mais il n'y a rien dans une pluralité de cas, qui diffère de chacun des cas particuliers qu'on suppose exactement semblables ».

« sommeil dogmatique » et l'a obligé de réfléchir sur ce problème de causalité qui a été au cœur des spéculations de Kant¹.

La conclusion de sa critique a été d'attribuer au lien causal un caractère *synthétique*. Cela veut dire qu'il ne considère pas l'effet comme une simple répétition de la cause, mais il accorde à cette notion quelque chose de véritablement nouveau. Et cette novation nous ne pouvons pas la bien concevoir, car Kant est convaincu que la raison ne saisit bien que les relations *analytiques* et que, dans ces relations, tout se ramène à des identités.

Au XIX^e siècle, A. Comte a vivement critiqué cette idée de « causes intimes des phénomènes » conçues comme des forces agissantes. Cette conception, dit-il, n'est qu'un vestige des vieux âges de l'humanité, qui sont constitués par « l'état théologique » et « l'état métaphysique ».

Dans « l'état théologique », les causes de tous les phénomènes de l'univers étaient attribuées aux volontés particulières et directes d'êtres réels ou imaginaires². C'est la conception dite « anthropomorphique³ » de la cause qui résulte de

1. Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, Paris, Alcan, 1922, p. 262.

2. « Dans l'état théologique dit Comte, l'esprit humain dirigeant essentiellement ses recherches vers la nature intime des êtres, les causes premières et finales de tous les effets qui le frappent, se représente les phénomènes comme produits par l'action directe et continue d'agents surnaturels plus ou moins nombreux dont l'intervention arbitraire explique toutes les anomalies apparentes de la nature » (*Cours de philosophie positive*, 1^{re} leçon). Comp. Liard, *La science positive et la métaphysique*, Paris, 1879, pp. 33-46; Littré, article publié en tête du 1^{er} numéro de la *Revue de Philosophie positive*. « Toute philosophie est une conception du monde. — Les théologies conçoivent le monde comme régi par des volontés. » S. Mill, *A. Comte et le positivisme*, tr. fr. par Clemenceau, Paris, 1868, pp. 11-19-21; Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie*, Paris, 1887, pp. 880-909-1068.

3. V. S. Prudhomme et Ch. Richet, *Le problème des causes finales*, Paris, 1902, p. 51 : « L'anthropomorphisme c'est l'erreur commise par l'homme quand il attribue à un objet quelque chose de sa nature ou de sa condition qui n'a rien de commun avec la nature ou la condition de cet objet ». Höffding, *Esquisse, d'une psychologie fondée sur l'expérience*, tr. franç. par L. Poitevin, Paris, 1900 p. 286.

cette tendance de l'homme à concevoir toutes les activités qui se manifestent dans l'univers sur le modèle de sa propre activité personnelle et volontaire. L'homme imagine donc, pour l'explication des phénomènes extérieurs, des causes semblables à celles qu'il sent en lui-même; il personnifie ainsi les causes¹. C'est ainsi que s'explique le fait que l'enfant qui se heurte contre une table l'accuse de méchanceté². C'est ainsi que s'explique la cause mystique des mentalités primitives dont on a déjà parlé³. Nous pouvons en dire autant des adeptes du spiritisme qui, de nos jours et dans notre civilisation, attribuent les phénomènes spirites à l'influence des esprits⁴.

C'est ainsi que s'explique également que, dans l'antiquité, on attribuait à l'intervention des divinités la production des phénomènes de la nature⁵.

Dans « l'état métaphysique », on a substitué à ces causes « anthropomorphiques » de l'état théologique des causes en-

1. S. Mill, *A. Comte et le positivisme*, p. 19; Liard, *La science positive et la métaphysique*, Paris, 1879, p. 269; Höfding, *op. cit.*, p. 269.

2. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. I, p. 374.

3. Lalande, *Le « volontarisme intellectualiste »* (*Revue philosophique*, 1912, t. LXXIII, p. 9 : « Les langues primitives sont déjà riches en états d'âmes, pauvres en états des corps. Bien plus, elles donnent une âme aux corps eux-mêmes; elles *placent en tous des volontés*, des esprits bienveillants ou malveillants, surtout malveillants et terribles; mais la malveillance n'a rien d'un *solide*. Le rocher qui écrase l'homme primitif lui paraît mal intentionné, comme l'ennemi qui lui lance une pierre; c'est l'intention qu'il voit en tout et partout; or, l'intention est une pensée, un sentiment, un vouloir ».

4. Höfding, *Esquisse d'une psychologie fondée sur l'expérience*, tr. franç., Paris, 1900, p. 285.

5. Höfding, *op. cit.*, p. 286. S. Mill, *A. Comte et le positivisme*, p. 21 : « Tout écolier sait, bien que les littérateurs et les gens du monde ne le sachent pas que, dans la pleine vigueur de la religion grecque, le soleil et la lune, et non pas le dieu du soleil et la déesse de la lune, recevaient des sacrifices en qualité de divinités, — divinités plus vieilles que Jupiter et ses descendants, appartenant à la dynastie antérieure des Titans (dont l'histoire était la version mystérieuse de ce fait que leur culte était plus ancien), et qu'à ces divinités se rattachait un groupe distinct de fables ou de légendes ».

tités métaphysiques, des abstractions substantialisées qui seraient des forces ayant une existence réelle et auxquelles la production des phénomènes extérieurs se rapporterait¹.

Or, d'après la philosophie de Comte, les causes ultimes (soit efficientes, soit finales) des phénomènes de la nature sont inconnues et restent impénétrables, inaccessibles à l'esprit humain. Nous ne connaissons pas le mode réel de production d'aucun fait.

A. Comte propose comme but à la science de renoncer à la recherche des causes et de tâcher d'expliquer les phénomènes par leurs lois².

A la même époque, S. Mill, tout en acceptant la partie négative de la doctrine d'A. Comte, concernant la cause, prise dans son sens traditionnel, ne s'interdit pas, comme le faisait Comte, l'emploi de ce mot; mais il lui donne une toute autre acception³ qui est loin de celle que lui donne la physique traditionnelle.

1. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1^{re} leçon : « ... Dans l'état métaphysique qui n'est au fond qu'une modification générale du premier, les agents surnaturels sont remplacés par des forces abstraites, véritables entités, inhérentes aux divers êtres du mouvement et conçus comme capables d'engendrer par elles-mêmes tous les phénomènes observés dont l'explication consiste à assigner pour chacun l'entité correspondante ». Comp. Stuart Mill, *A. Comte et le positivisme*, p. 12; Liard, *La science positive, etc.*, pp. 33 et s.; Janet et Seailles, *op. cit.*, p. 1068.

2. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1^{re} leçon : « ... Dans l'état positif, l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers et à reconnaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir par l'usage combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude ». Notons que le positivisme n'implique pas nécessairement une négation du surnaturel. V. S. Mill, *A. Comte et le positivisme*, tr. fr., p. 15.

3. S. Mill, *Système de logique*, t. I, p. 369 : « Lorsque je parle de la cause d'un phénomène je n'entends pas parler d'une cause qui serait par elle-même un phénomène. Je ne m'occupe pas de la cause première ou ontologique de quoi que ce soit ». Comp. S. Mill, *Auguste Comte et le positivisme*, tr. franç., 1868, p. 61.

En effet, pour Stuart-Mill, quand un phénomène apparaît dans l'ordre de la nature, il est précédé d'un groupe de circonstances. De ces circonstances antécédentes les unes sont invariables, les autres variables. On serait tenté alors, dit-il, de considérer les premières comme la cause des événements qui leur succèdent invariablement. Mais dans ce cas-là on serait obligé de dire que le jour est la cause de la nuit, et la nuit cause du jour, car l'idée de succession constante se vérifie ici très bien. Cependant, ajoute S. Mill, il n'en est rien, car ces antécédents ne sont pas sans conditions; ces phénomènes ne se succèdent l'un à l'autre qu'à condition que la présence et l'absence du soleil se succèdent l'une à l'autre. Il définit donc la cause d'un phénomène : « l'antécédent ou la réunion d'antécédents dont le phénomène est invariablement et inconditionnellement le conséquent¹ ».

Si nous arrivons maintenant aux philosophes contemporains, nous voyons qu'ils n'adoptent pas non plus la conception dynamique de la causalité².

Ainsi M. Lalande, après avoir fait la critique de la causalité³, en lui reprochant entre autres d'être un mot si ambigu

1. S. Mill, *Système de logique*, livre III, chap. V; S. Mill, *A. Comte et le positivisme*, op. cit., p. 61; Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*, Paris, Alcan, 1922, pp. 55 et s.

2. Il y a cependant des exceptions. Ainsi, d'après une certaine conception soutenue par des esprits distingués, tout serait force dans l'univers et la matière même ne serait qu'une modalité de cette force. V. Fr. Houssay, *Force et Cause*, Paris, Flammarion, 1920, p. 138 : « La force unique dirigée, en forme tourbillonnaire produit par son action la matière, les corps, comme aussi bien les phénomènes impondérables de chaleur, de lumière et d'électricité ». Comp. p. 88 : « Des deux notions force et matière, l'une seulement est nécessaire et primordiale, l'autre s'en déduit. Si l'on considère comme primordiale la force et si l'on en déduit la masse, cela ne veut pas dire que la matière n'existe pas mais seulement qu'elle existe à l'état de phénomène ou d'apparence au même titre par exemple que la forme. C'est la doctrine connue en philosophie sous le nom de *dynamisme* à laquelle nous nous rattachons étroitement ». Nous croyons qu'il ne s'agit là que d'une pure vision de l'esprit.

3. Lalande, *Théorie de l'induction et de l'expérimentation*, leçons 13-14, chap. IX, la preuve formelle de la causalité; *Théorie de S. Mill (Revue des cours et conférences, 1923-24, t. I)*.

que la science doit se méfier beaucoup de son emploi, lui substitue le principe de continuité et de l'identité mathématique¹.

D'autre part, M. Meyerson² soutient une théorie analogue à celle de M. Lalande : De prime abord on serait tenté d'opposer ces deux philosophes; car, tandis que M. Lalande veut renoncer à la recherche des causes, M. Meyerson, au contraire, soutient que la science doit rechercher les causes des phénomènes et ne pas se borner à leurs lois.

Au fond, ces deux esprits sont d'accord pour reconnaître que ce que la science doit chercher, c'est l'identité de l'antécédent et du conséquent.

Cette apparence d'opposition tient au vocabulaire; car M. Meyerson donne au terme « cause » un sens imprécis et différent de son sens usuel. Il prend le mot cause à peu près sous le sens de celui de substance, c'est-à-dire ce qui demeure sous le changement. La thèse de M. Meyerson consiste à établir que la substance des choses reste immuable, que les choses restent les mêmes et se retrouvent à travers le temps. C'est une explication par la substance plutôt que par la cause. Donc,

1. Lalande, *La dissolution opposée à l'Evolution dans les sciences physiques et morales*, Paris, 1899. Sa théorie se résume dans le passage suivant : « L'évolution étant définie par le passage de l'homogène à l'hétérogène et la dissolution par son contraire, il n'y a aucun doute que la loi générale du monde matériel, dont toutes les évolutions partielles sont des accidents, consiste dans l'ensemble, à une dissolution » (p. 70). M. Lalande donne au mot dissolution un sens spécial, c'est la « marche à l'égalité ». « Au point de vue logique, en effet, toute différence est un fait qui réclame même une correction. Dire que tous les phénomènes physiques ont pour loi la marche à l'égalité c'est donc dire qu'ils tendent de plus en plus à satisfaire l'intelligence humaine et que leurs transformations sont raisonnables. Le monde matériel obéit ainsi à la raison et répond à notre désir d'unité non seulement dans son être mais encore dans son devenir (pp. 66-67).

Cet ouvrage de M. Lalande a été réédité récemment sous le titre *Les illusion évolutionnistes*.

2. Meyerson, *Identité et réalité*, Paris, Alcan, 1926, 3^e éd.

au fond, il rejette la notion de causalité, car la cause, pour les philosophes et les savants, a été toujours la cause d'un changement, et il n'est pas possible de conserver l'idée de cause quand on rejette l'idée de changement. Ce que la science conserve donc, c'est la substance qui demeure malgré l'apparence de changement.

La thèse de M. Meyerson peut se résumer à ceci : la science doit expliquer les phénomènes. Or, expliquer c'est déduire et déduire c'est identifier; la déduction a toujours comme objet l'établissement d'une identité et rien de plus.

Donc, toute la tâche de l'activité intellectuelle doit s'employer à découvrir que les choses qui, de prime abord, apparaissent comme séparées et diverses sont cependant semblables et peuvent être ramenées à une identité.

Ce que M. Meyerson appelle causalité est, en somme, cette identification de la cause et de l'effet, c'est-à-dire de l'antécédent et du conséquent.

Section II

LA VOLONTE EN TANT QUE CAUSE

Malgré les critiques faites aux notions de cause et de volonté, nous voulons bien concéder qu'on puisse arriver à une conception satisfaisante de la volonté et à une notion exacte et intelligible de l'idée de cause.

On pourrait aussi concevoir *in abstracto* que la volonté est une certaine chose et que cette chose peut être une cause.

Mais alors il reste à démontrer — et c'est ce qu'il nous faut

faire maintenant — que les effets qu'on prête à cette cause qu'est la volonté sont possibles de sa part.

Ces effets seraient d'abord toujours et dans tous les cas, un effet matériel consistant dans un certain mouvement corporel du sujet de la volonté.

Mais en plus ils consisteront dans le domaine du droit et, selon la conception classique sur le rôle de la volonté, dans la création d'un effet de droit. La volonté serait cause créatrice de l'effet de droit.

Or, nous voudrions montrer qu'il est impossible logiquement de pouvoir imputer ces effets à la volonté en tant qu'étant leur cause efficiente. Cela est vrai pour les effets matériels. C'est encore plus vrai pour les effets de droit.

§ 1. La volonté cause d'effets matériels.

En tant qu'effets matériels produits par la volonté, on vise les mouvements corporels du sujet de la volonté. Ils'agit de savoir si la volonté est vraiment la cause efficiente de ces mouvements.

On sait que Maine de Biran se flattait de démontrer d'une façon expérimentale la force que la volonté exerce sur notre corps. Cette causalité de la volonté se révélerait à nous dans le sentiment de l'effort qui existe dans l'action volontaire et qui n'existe dans aucune autre¹. Ce sentiment de l'effort

1. Janet et Seailles, p. 37, 112 et s., 1063 et s. Maine de Biran (*Œuvres inédites*, t. I, p. 258) : « Tout le mystère des notions *a priori* disparaît devant le flambeau de l'expérience intérieure, qui nous apprend que l'idée de cause a son type primitif et unique dans le sentiment du moi identifié avec celui de l'effort » et p. 47 : « Nous trouvons profondément empreinte en nous la notion de cause ou de force, mais avant la notion est le sentiment immédiat de la force, et ce sentiment n'est autre que celui de notre existence même dont celui de l'activité est inséparable ». Brunschvicg, *L'expérience humaine et la causalité physique*,

résulte de la résistance que la matière (le corps) oppose à la force volontaire¹. L'expérience de la causalité se manifeste ainsi comme la conscience d'une action volontaire².

Bien avant Biran, ce sentiment intérieur de l'effort volontaire avait préoccupé les philosophes, surtout Malebranche et Hume, qui cependant ne sont pas conduits à induire une force de volonté.

En effet, Malebranche reconnaît l'existence d'un pareil sentiment³; mais ce sentiment n'est jamais infaillible et n'implique pas l'existence d'une causalité efficace. Car rien n'est plus obscur que l'action volontaire; nous ne comprenons ni la nature de la volonté, ni les moyens par lesquels elle produit un effet, ni comment elle commande aux muscles, ni sur quel groupe de muscles elle agit. D'ailleurs, la volonté ne

Paris, Alcan, 1922, pp. 20 et s.; Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, t. IV, p. 56; Pierre Janet, *L'automatisme psychologique*, 3^e éd., 1893, p. 471; M. de Biran, *Essai sur le fondement de la psychologie et sur ses rapports avec l'étude de la nature*, 1812, éd. E. Naville, t. I, 1859, p. 267 et s. : « Rendons grâce à Hume. Nul philosophe n'a établi avec une aussi grande force de conviction qu'il fallait renoncer à trouver hors de nous un fondement réel et solide à l'idée de pouvoir et de force; d'où il suit qu'il n'y a plus qu'à chercher ce fondement en nous-mêmes ou dans le sentiment de notre propre effort, dans le fait même-du sens intime dont tous les nuages accumulés par le scepticisme ne sauraient altérer l'évidence ».

1. Janet et Seailles, *Histoire de la philosophie*, p. 112; Renouvier. *op. cit.*

2. Maine de Biran *Protégomènes psychologiques*, édition Cousin, III, 305 : « Le moi ne commence à exister par lui-même qu'à l'exercice de la libre activité ou dans l'effort voulu auquel correspond une sensation particulière, *sui generis*, liée à cet effet comme l'effet à sa cause. Le moi est tout entier et indivisiblement dans ce rapport de la cause agissante à l'effet produit. La cause se sent ou s'aperçoit elle-même dans l'effort qui n'est lui-même senti ou aperçu dans le fait de conscience que par la sensation musculaire qu'il produit ».

3. Malebranche, *Eclaircissement*, XV, Réponse à la VI^e preuve : « Lorsqu'on remue son bras, on a le sentiment intérieur de la volonté actuelle par laquelle on le remue; et l'on ne se trompe point de croire qu'on a cette volonté. On a de plus le sentiment intérieur d'un certain effort qui accompagne cette volonté, et l'on doit croire aussi qu'on fait cet effort. Enfin je veux qu'on ait le sentiment intérieur que le bras est remué dans le moment de cet effort; et cela suppose, je consens aussi que l'on dise que le mouvement du bras se fait dans l'instant que l'on sent cet effort, que l'on a une volonté pratique de le remuer ».

porte que sur le but de l'acte et sur les moyens extérieurs qui peuvent servir à ce but¹.

Plus tard, Hume reprend presque les mêmes arguments que Malebranche contre cette illusion de causalité volontaire. Il n'admet pas également que nous possédions dans la volonté le type interne de la cause². Son principal argument est aussi que le sujet ignore les conditions d'exercice de la volonté, ses modes d'action³ sur le corps qu'elle met en mouvement, il ignore aussi par quels intermédiaires la vo-

1. Malebranche, *Recherche de la vérité*, VI, 8. « Si un homme ne peut pas renverser une tour, au moins sait-il bien ce qu'il faut faire pour la renverser; mais il n'y a point d'homme qui sache seulement ce qu'il faut faire pour remuer un de ses doigts par le moyen des esprits animaux. Comment donc les hommes pourraient-ils remuer leur bras ? Ces choses me paraissent évidentes et à tous ceux qui veulent penser, quoiqu'elles soient peut-être incompréhensibles à tous ceux qui ne veulent que sentir ».

Comp. *Entretiens sur la métaphysique et la religion*, 1688, VII, 14 : « Je ne sais pas même quelles doivent être les dispositions des organes qui servent à la voix pour prononcer ce que je vous dis sans hésiter. Le jeu de ces organes me passe... Ce n'est pas moi qui vous parle : je veux seulement vous parler ». Comp. aussi *Méditations métaphysiques et chrétiennes*, 1684, VI, 14 : « Je vois bien, dit le Verbe, ce qui te trompe encore, c'est que pour remuer ton bras, il ne suffit pas que tu le veuilles, il faut pour cela que tu fasses quelque effort. Et tu t'imagines que cet effort, dont tu as sentiment intérieur est la cause véritable du mouvement qui le suit, parce que ce mouvement est fort et violent, à proportion de la grandeur de ton effort. Mais, mon fils, vois-tu clairement qu'il y ait quelque rapport entre ce que tu appelles effort et la détermination des esprits animaux dans les tuyaux des nerfs qui servent aux mouvements que tu veux produire ? Crois ce que tu conçois clairement, et non pas ce que tu sens confusément. Mais ne sens-tu pas même que souvent tes efforts sont impuissants ? Autre chose est donc effort et autre chose efficace... Sache, mon fils, que tes efforts ne diffèrent de tes autres volontés pratiques que par les sentiments pénibles qui les accompagnent. »

2. D. Hume, *Essai sur l'entendement humain*, tr. fr. par David, p. 72 : « ...en ce qui regarde l'influence de la volition sur les organes du corps. Cette influence nous pouvons l'observer, est un fait qui, comme tous les autres événements naturels ne peut être connu que par l'expérience, et ne saurait jamais être prévu d'après aucune énergie ou aucune force apparente dans la cause, force qui lierait celle-ci à l'effet ».

3. Hume, *op. cit.*, p. 72 : « Le mouvement de notre corps s'ensuit du commandement de notre volonté. C'est de quoi nous avons conscience à tout moment. Mais le moyen par où cela s'effectue, l'énergie par où la volonté accomplit une opération si extraordinaire, c'est de quoi nous sommes si loin d'avoir immédiatement conscience, que cela doit à jamais échapper à notre plus vigilante recherche ».

lonté agit sur les muscles; car il existe des opérations très compliquées qui les relient à l'acte volontaire¹. D'ailleurs, le commandement de la volonté ne s'exerce pas avec la même autorité sur toutes les parties du corps et chez tous². Enfin, il déclare inintelligible ce prétendu pouvoir de la volonté sur les mouvements du corps³, à cause de la nature obscure de toute connexion⁴, qui devient encore plus obscure à cause de

1. Hume, *op. cit.*, p. 74 : « Nous apprécions par l'anatomie que l'objet immédiat de la force, dans le mouvement volontaire, n'est pas le membre qui est mis en mouvement, mais certains muscles, et certains nerfs, et certains esprits animaux et peut-être quelque chose d'encore plus petit et plus inconnu, par quoi le mouvement se propage successivement, jusqu'à ce qu'il atteigne le membre dont le mouvement est l'objet immédiat de la volition ».

2. Hume, *op. cit.*, p. 73 : « Nous ne sommes pas capables de mouvoir tous les organes du corps avec une pareille autorité, quoique nous ne puissions assigner aucune raison en dehors de l'expérience à une différence si remarquable entre les uns et les autres. Pourquoi la volonté a-t-elle une influence sur la langue et les doigts, non sur le cœur ou le foie ? ...Un homme frappé soudain de paralysie dans la jambe ou le bras, ou qui a perdu ses membres depuis peu, s'efforce fréquemment, au début de les mouvoir et de les employer à leurs offices ordinaires. Il est alors aussi conscient du pouvoir de commander à de tels membres qu'un homme en parfaite santé l'est du pouvoir de mettre en mouvement tout membre qui demeure en son état et sa condition naturels. Mais la conscience ne trompe jamais. Par conséquent, ni dans un cas, ni dans l'autre, nous n'avons conscience d'aucun pouvoir ».

3. Hume, *op. cit.*, pp. 73-74. « Nous apprenons par l'expérience seule l'influence de notre volonté. Et l'expérience nous enseigne seulement comment l'un des événements suit l'autre, sans nous instruire de la connexion secrète qui les lie entre eux et les rend inséparables » et p. 203 (*Traité de la nature humaine*) : « La volonté, considérée comme cause, n'offre pas plus de connexion apercevable avec ses effets, que n'offre aucune cause matérielle avec l'effet qui lui est propre ». Comp. aussi Hume, *Essai sur l'ent.* 7^e essai, De l'idée de connexion : « Se peut-il une preuve plus certaine que la puissance qui préside à la totalité de cette opération, loin d'être pleinement et directement connue par un sentiment intime ou par la conscience est mystérieuse et inintelligible au dernier point ? L'esprit veut un certain événement : aussitôt il s'en produit un autre tout à fait différent et inconnu à nous-même qui voulons ».

4. Hume, *op. cit.*, *Traité de la nature humaine*, p. 203 : « Loin qu'on perçoive la connexion existant entre un acte de volition et un mouvement du corps, il est reconnu que nul effet n'est plus inexplicable d'après les facultés et l'essence de la pensée et de la matière. Et l'empire de la volonté sur notre esprit n'est pas plus intelligible. L'effet est ici discernable et séparable d'avec la cause, et ne pourrait être prévu sans l'expérience de leur constante conjonction; et jamais nous ne saurions raisonner au delà ». Comp. aussi le passage suivant de la traduction du *Traité de l'entendement* par Renouvier et Pilon, Appendice, note E : « Les actions de l'esprit (the actions of the mind) sont les mêmes, sous ce rapport que celles de la matière; nous percevons leurs conjonctions constantes, et nos raisonnements ne peuvent aller au delà. Dès lors et puisque les philo-

la question qui se pose du rapport de l'âme et du corps¹, deux choses tout à fait hétérogènes.

A une époque plus récente, Ch. Renouvier a critiqué la prétention de Maine de Biran. Il lui reproche de regarder « la sensation musculaire, qui n'est probablement que l'expression *afférente* du mouvement volontaire. déjà commencé, de la regarder sans aucune preuve comme un sentiment *efférent* du mouvement commençant; il confondait ainsi l'effet subjectif, ou volonté proprement dite, avec l'acte du mouvement local correspondant dont l'agent mental a la perception positive; il concluait de cette espèce d'identité des deux phénomènes que le point de vue spiritualiste plus que tout autre devait séparer d'une aperception immédiate et certaine de la cause libre. »

Enfin, W. James, avec sa doctrine sur le « sentiment de l'effort² », a achevé de ruiner cette théorie de Maine de Biran; de sorte que, aujourd'hui, on ne peut pas l'invoquer sérieusement.

D'ailleurs, Maine de Biran lui-même ayant pris conscience du mal-fondé de sa théorie, en fait l'aveu : « Toute cause, dit-

sophes avouent que la force par laquelle opère la matière est inconnue, c'est en vain que nous espérons atteindre l'idée de force en consultant nos esprits ».

1. Hume, *op. cit.*, pp. 72 et s. Essai sur l'entendement.

2. W. James, *Le sentiment de l'effort, Critique philosophique*, 1881, t. II, pp. 123 et suiv. où il établit que le « sens musculaire » n'est qu'une somme de sentiments afférents et par conséquent n'est pas plus que tout autre un « sentiment de force », ce n'est donc pas cette soi-disant faculté qui peut nous révéler une réalité indépendante de nous-mêmes et nous montrer le *moi-cause*; le sentiment de l'effort est un simple état de conscience comme les autres. « L'idée la notion, la pensée d'un mouvement, dit W. James (*op. cit.*, p. 127) c'est cette perception sensible que nous obtenons pendant qu'il se produit ou après qu'il est accompli ». « Qu'est-ce que cette perception sensible ? que semble-t-elle être intérieurement ? Je réponds sans hésiter : c'est un agrégat de sentiments afférents qui proviennent d'abord, de la contraction des muscles, de l'extension des tendrons, des ligaments et de la peau, du frottement et de la pression des jointures et, secondairement, de l'œil, de l'oreille, de la peau, du nez ou du palais, organes qui peuvent en totalité ou en partie être affectés indirectement par le mouvement d'une autre partie du corps. L'unique idée d'un mouvement

il¹, est occulte par sa nature en ce sens qu'elle ne peut se représenter ou se figurer au dehors. Il ne s'agit pas d'en faire un moyen d'explication; tout au contraire, on la donne ou on l'exprime comme la limite nécessaire de tout ce qui est possible ou permis d'expliquer, de traduire en images, de résoudre en éléments sensibles... Le ridicule ne serait que dans l'explication du *pourquoi*. Quant au *comment* de la production de l'effet, l'explication se borne à analyser les conditions expérimentales qui rendent cet effet possible, en tant que ces conditions sont elles-mêmes des faits homogènes et correspondants à celui qu'il s'agit d'exprimer. »

Ainsi on s'éloigne de plus en plus actuellement de l'idée que la volonté est force causale par rapport aux mouvements corporels.

De nombreux physiologistes², en effet, soutiennent que la volonté n'est pas un « acte », mais un « état³ » et par conséquent elle ne correspond pas à une énergie matérielle qui serait son équivalent mécanique⁴. Car ils ne veulent

que nous puissions posséder se compose des images de ces phénomènes, effets afférents de ce mouvement ».

1. Maine de Biran, *Considérations sur les principes d'une division des faits psychologiques et physiologiques*, 1823, Cousin, III, 165-167.

2. Comp. Gley, *Études de psychologie physiologique et pathologique*, Paris, 1903; aussi série d'articles dans la *Revue scientifique*; Richet, *Le travail psychique et la force mécanique* (1886, pp. 780 et s.); Gautier, *L'origine de l'énergie chez les êtres vivants* (1886, pp. 737 et s.); la réponse à M. Richet (1887, pp. 14 et s.); la réponse à M. Gautier (1887, pp. 116 et s.); Herzen sur l'article de M. Gautier (1887, pp. 103 et s.).

3. A. Gautier, *La vie depuis les phénomènes de l'assimilation jusqu'à ceux de la conscience* (*Revue générale des sciences pures et appliquées*, 30 juin 1902, pp. 560 et s.) : « Sentir, comparer, vouloir, sont des états conscients provoqués en nous par la connaissance des formes successives ou simultanées laissées dans nos cellules nerveuses par les impressions matérielles, actuelles ou antérieures, ou transmises par l'atavisme. Mais ces sentiments, visions, comparaisons, jugements, volontés, sont des états et non des actes. Or, l'acte seul correspond à une dépense de l'énergie matérielle et lui équivaut ».

4. Gautier, *La vie*, etc., *Revue générale des sciences*, 1887, pp. 558 et s., 562.

pas considérer les « volitions » comme « l'œuvre d'une faculté spéciale, d'une mystérieuse entité » mais « comme une simple transcription en action de l'intellect¹; par conséquent, ils ne considèrent pas la volonté comme une cause, mais au contraire comme un « résultat² » des tendances et des représentations. »

Mais, même si nous n'acceptons pas ce point de vue des physiologistes et si nous reconnaissons, au contraire, une activité propre à la volonté conçue comme une force agissante, une autre question se pose : Jusqu'où étend-elle son pouvoir causal ?

Si on réfléchit bien, ce pouvoir de la volonté est très limité; il ne s'étend même pas sur les muscles qui se contractent volontairement.

Si l'on voulait croire certains physiologistes (comme Fritsch, Hitzig, David Terrier et d'autres), la volonté aurait une action sur l'écorce grise du cerveau, dans les régions que l'on appelle psycho-motrices (lobule paracentral et frontale ascendante). On est arrivé à ces constatations par le moyen de localisation de ces centres psycho-moteurs³.

Et, encore, le mécanisme de l'action de la volonté sur ces centres reste très obscur. Peut-être même cette action de la volonté ne s'exerce pas directement sur ces centres, mais plutôt indirectement, en exerçant son action directe sur d'autres éléments infiniment petits que l'on n'a pu encore découvrir.

1. Bastian, *Les processus nerveux dans l'attention et la volition*, *Revue philosophique*, 1899, XXXIII, p. 384.

2. Marillier, *Remarques sur le mécanisme de l'attention* (*Revue philosophique*, 1889, XXVII, pp. 566 et s.).

3. Dumas, *Traité de psychologie*, Paris, Alcan, t. I, pp. 285 et s.

Toute l'action de la volonté doit se borner là. Le reste ne dépend point de la volonté; il se produit par le moyen des mécanismes automatiques et inconscients qui auraient été simplement déclanchés par la volonté¹. La preuve en est, que nous sommes incapables de produire volontairement le mouvement d'un seul des muscles qui entrent en jeu pendant l'exécution de l'acte volontaire². Une autre preuve serait celle d'une personne qui, ayant son bras paralysé, bien qu'elle le veuille, ne peut pas le mettre en mouvement. Aussi cette action de la volonté ne peut pas s'effectuer sur tel ou tel nerf. D'ailleurs la plupart des gens ignorent la majeure partie des nerfs qui se mettent en œuvre pour l'exécution du plus simple acte volontaire; les mouvements se reproduisent automatiquement par ce mécanisme neuro-musculaire dont nous n'avons pas même conscience.

§ 2. La volonté cause créatrice de l'effet de droit.

Cependant, voulant pousser les concessions jusqu'au bout, nous acceptons l'idée qu'il y a dans la volonté une force causale et que cette force peut s'appliquer aux mouvements corporels du sujet. Nous admettons que la volonté est la cause efficiente de ces mouvements corporels comme cela est admis

1. Dumas, *op. cit.*, pp. 282 et s.; Nabert, *La causalité psychologique*, thèse lettres, p. 329, p. 331 : « Il est impossible de contester que la volonté individuelle s'appuie sur une structure qu'elle utilise mais qu'elle n'a pas créée ».

2. Gley, *Etudes de psychologie physiologique et pathologique*, Paris, 1903, p. 241 : « Quand l'attention est toute concentrée sur l'idée et sur son passage à l'acte, alors les muscles de la vie de relation échappent à l'empire de la volonté et leur fonctionnement est soustrait à la conscience ». Comp. passage précité (p. 155, note 3) de Malebranche, *Eclaircissement*, XV, réponse à la VI^e preuve; aussi Hume, *op. cit.*, *Essai sur l'entendement*, pp. 72 et s.

d'ailleurs par des philosophes comme M. James¹ et des juristes comme Duguit².

Mais si la volonté peut produire cet effet, il en est certainement un dont elle ne peut pas être la cause efficiente : c'est l'effet de droit. On ne peut pas concevoir logiquement — et c'est maintenant ce qu'il nous faut démontrer — que la volonté puisse être la cause créatrice de l'effet de droit dans l'acte juridique.

Cela peut se démontrer en établissant que tout effet de droit a pour substance une règle de droit et qu'il y a antinomie entre l'effet et la prétendue cause entre cette règle de droit et sa production par la volonté.

Il existe une hétérogénéité radicale entre l'effet de droit et la force de la volonté. Or l'homogénéité de la cause et de l'effet est indispensable pour qu'on puisse établir un lien causal.

Dire que la volonté est cause de l'effet de droit, c'est assimiler le droit à une force qui serait ici la force de la volonté. Or cela est inexact; le jeu de la force ne constitue pas le *droit*, c'est un simple *fait*. Déjà J.-J. Rousseau avait remarqué que la force ne crée pas le droit³.

La science du droit est une science normative⁴; elle se base

1. W. James, *Précis de psychologie*, tr. franç., 3^e édit., p. 553. « Posons donc au début de cette étude ce principe que les mouvements de notre corps sont les seuls effets extérieurs directs de la volition. »

2. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 319 : « L'objet que l'individu peut donner à son vouloir ne peut être qu'une manifestation de son activité personnelle, soit intérieure, soit extérieure : activité intérieure, comme tout acte d'attention volontaire; activité extérieure, mouvement des organes exerçant une action sur le monde extérieur. En laissant de côté l'activité intérieure, on aperçoit que le seul objet possible de l'acte volontaire est un mouvement même des organes de l'individu ».

3. J.-J. Rousseau, *Contrat social*, livre I, chap. III.

4. Pour le sens du mot « normatif », v. Lalande, *Logique normative et vérités de fait* (*Revue philosophique*, 1930, pp. 161 et s.).

sur des jugements de valeurs et non pas sur des jugements de réalité. Ces derniers sont irréductibles aux premiers. En effet, un jugement de valeur ne peut jamais dériver d'un jugement de réalité¹.

L'effet de droit, comme nous l'avons vu, est une modification dans l'ordonnancement juridique, lequel n'est constitué que par des règles de droit. D'où l'effet de droit n'est, en somme, que la modification d'une règle de droit (par modification nous comprenons aussi l'apparition et la disparition). Règle de droit générale et impersonnelle aussi bien que spéciale et individuelle. En définitive, l'effet de droit est un impératif qui s'adresse à une ou plusieurs personnes; il n'est pas en rapport avec ce qui est (*sein*) mais ce qui doit être (*sollen*).

Quelle que soit la conception de la cause que l'on ait, soit la conception de cause *force*, soit même celle de la cause *substance*, l'impossibilité d'attribuer l'effet de droit à la volonté reste intacte. Car, dans le premier cas, il faudrait trouver dans l'effet la force communiquée par la volonté à l'effet de droit; or, il n'en est rien, puisque la force n'est pas le droit; dans le deuxième cas, il faudrait pouvoir établir l'identité entre la cause et l'effet (entre la force de la volonté et la règle de droit); or, cela est impossible puisque ces deux choses sont d'une essence si différente.

Nous ne pouvons même pas appliquer ici la conception empirique de la cause de Stuart Mill et dire par exemple que si la volonté est la cause de l'effet de droit, c'est que la volonté est l'antécédent constant et inconditionné de l'effet de droit.

1. Lalande, *op. cit.*, p. 171 : « D'une majeure indicative, disait Poincaré, on ne peut tirer une conclusion à l'impératif; rien de plus vrai ».

D'abord, cet antécédent n'est pas constant (nous verrons qu'il y a des cas où nous avons des effets de droit sans volonté); il n'est pas non plus inconditionné, car cette succession de volonté et d'effet de droit est conditionnée par la règle de droit.

D'autre part, nous ne pouvons pas appliquer, ici, une méthode expérimentale. Si, dans les sciences expérimentales, nous pouvons dire que *A* est la cause de *B*, car chaque fois que *A* apparaît, *B* le suit, dans la science du droit il n'en est pas ainsi; ce n'est pas parce que la volonté précède régulièrement l'effet de droit qu'on l'a déclarée cause, mais, au contraire, c'est parce qu'on l'a déclarée cause que l'on fait suivre des effets de droits.

Il faut donc conclure que l'effet de droit ne peut pas être produit par la volonté.

« La norme juridique, écrit M. Bonnard¹, ne peut pas être volontariste, c'est-à-dire avoir sa source dans une volonté humaine. Il en est ainsi pour toute norme juridique aussi bien pour la norme positive que pour la norme naturelle. Cela est également vrai pour toute espèce de norme; notamment pour les normes morales... pour la détermination de l'impératif par une volonté, on se heurte à des impossibilités logiques... Le rôle créateur de la volonté apparaît comme logiquement impossible dans la production de l'impératif, c'est-à-dire de la valeur de la norme. D'une façon absolue, l'impératif de la norme ne peut pas sortir d'une volonté. »

Mais en outre de la raison; tirée de cette hétérogénéité

1. Bonnard, *Droit naturel et droit subjectif* (*Revue internationale de la théorie du droit*, 1928-1929, fasc. 1^{er}, pp. 1 et s.); comp. Bonnard, *L'origine de l'ordonnement juridique* (Mélanges Hauriou, p. 31-77), tirage à part, p. 17 note 2.

entre la volonté en tant que cause et l'effet de droit en tant qu'effet de cette cause, il s'ajoute une autre raison pour établir que la volonté ne peut pas créer les règles de droit qui se trouvent dans tout effet de droit produit.

Cette raison consiste en ce que la volonté ne peut pas être conçue comme productrice des règles : il y a antinomie logique à l'admettre. En effet, la volonté ne peut agir que dans le domaine de l'être et pour le réaliser. Mais on ne peut pas concevoir logiquement qu'elle puisse agir dans le domaine du devoir être parce que le devoir être s'adresse précisément à elle comme élément qui doit la déterminer. Or, logiquement la volonté ne peut pas produire ce qui doit la déterminer. Autrement elle serait en même temps cause et effet¹.

Mais le problème peut être autrement envisagé. L'impératif de la norme peut s'adresser ou à la volonté ordonnatrice elle-même ou à une tierce volonté.

Le premier cas nous met en présence d'une antinomie grave : en effet, comment peut-on dire sans contradiction que « l'individu se donne des ordres à lui-même ? »²

Le deuxième cas suppose ou la supériorité de la volonté qui commande ou le consentement de la volonté commandée. D'où deux problèmes insolubles :

1^o Comment prouver la supériorité de certaines volontés ? D'après Duguit³, « on ne peut pas concevoir quel élément d'ordre positif et humain pourrait constituer une hiérarchie des volontés, une supériorité d'une ou plusieurs d'entre

1. Bonnard, *Droit naturel et droit positif*, op. cit., p. 7.

2. Bonnard, *Droit naturel et droit positif*, p. 7.

3. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., I. p. 218.

elles sur une ou plusieurs autres ». Nous ajoutons que l'égalité des volontés ne peut pas non plus être prouvée.

2^o Si la volonté, sujet passif dans un acte juridique, a consenti, comment pourrait-on expliquer que ce consentement puisse être valable pour toujours ? C'est, en d'autres termes, la question de l'identité de la volonté dans le temps qui se pose, problème aussi insoluble que les autres. Sur ce point, Stahl¹ a écrit : « De ce que je voulais auparavant telle chose, il ne s'en suit pas que je doive la vouloir aussi aujourd'hui. Je pouvais alors en vertu de mon droit rigoureux et de la loi qui le consacre, revenir sur l'obligation, puisque je suis libre au moment présent, c'est-à-dire d'une manière absolue et abstraction faite d'un temps quelconque, de ne pas m'obliger. L'exécution forcée des contrats est donc contraire au principe rationnel... Je puis et je dois... faire abstraction de mon histoire, savoir, de ce que je faisais et voulais hier. »

1. Stal, *Histoire de la philosophie du droit*, tr. franç. par A. Chauffard, Paris, Er. Thorin, 1880, p. 137; comp. Gounot, *L'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Paris, 1912, pp. 345 et s. : « Liberté de la volonté », est-ce que cela ne veut pas dire : souveraineté de ma volonté d'hier sur mes actes d'hier et souveraineté de ma volonté d'aujourd'hui sur mes actes d'aujourd'hui ? De quel droit l'une empiéterait-elle sur l'autre ? Ma volonté d'hier, c'est peut-être l'inexpérience, la légèreté, le besoin, la passion; c'est en tous cas le passé, ce qui ne dépend plus de moi; ce dont, pour être pleinement libre, je ne dois plus dépendre. En ce qui concerne la liberté actuelle, cette solidarité forcée entre mon moi présent et mon moi passé m'est aussi odieuse que celle qui, dans la théorie du contrat social, enchaîne ma volonté d'aujourd'hui à la volonté jadis exprimée par mes ancêtres lors du fameux pacte ».

CHAPITRE II

LA CONCEPTION CLASSIQUE DU RÔLE DE LA VOLONTÉ DANS LE DROIT PRIVÉ

La conception classique considère la volonté comme cause efficiente de l'effet de droit.

Toute question de sa valeur intrinsèque mise à part et à ne considérer que ses applications pratiques, cette conception, en ce qui concerne les actes juridiques du droit privé, soulève de grosses difficultés. Elles se heurtent à des faits qui lui sont contraires. On est alors obligé d'admettre des exceptions; ou bien, pour les éviter, il faut s'appuyer sur des fictions ou des concepts insoutenables qui ne font qu'aggraver la difficulté. Bref, il y a là une source constante de complications dans les constructions juridiques de droit privé.

Dans ce chapitre, vu qu'il ne s'agit que des actes juridiques du droit privé, c'est surtout la théorie dynamique de la volonté individuelle qui est en cause. Il sera aussi question de la théorie dynamique de la volonté collective des personnes morales privées. Car cette notion de la personnalité morale est une conséquence de la conception dynamique de la volonté individuelle. C'est ainsi à ce titre que nous nous en occupons dans ce chapitre.

Dans les pages qui vont suivre nous confronterons la conception dynamique de la volonté individuelle et les conséquences qui en découlent. avec certaines institutions empruntées pour la plupart au droit français, ce qui nous oblige à avoir en vue surtout la conception de l'autonomie de la volonté et ses conséquences. Mais tout ce que nous dirons sur elle s'applique aussi à la « *Willenstheorie* allemande ». Les seules conséquences qui ne sont pas identiques pour les deux théories sont celles qui se rattachent à l'*originalité* de la force créatrice de la volonté individuelle.

Mais, malgré cette différence, la critique de l'autonomie de la volonté suffira pour permettre de conclure à la condamnation d'ensemble de la doctrine dynamique de la volonté individuelle. Une autre réserve à faire serait à propos de l'égalité des forces de volontés individuelles; la conception de l'autonomie postule l'égalité des forces individuelles tandis que cela n'est pas certain avec la *Willenstheorie allemande*.

Avant d'aborder ce chapitre, une remarque préliminaire nous paraît nécessaire.

La théorie classique et son mécanisme des actes juridiques ne peuvent nous expliquer les actes juridiques à la suite desquels naissent des obligations *de faire*. En effet, comment concevoir, dans un contrat de travail, que l'obligation de travailler, de l'employé, au bénéfice de l'employeur, soit l'effet causal des volontés des deux contractants ? Comment concevoir avec la théorie classique la possibilité pour une volonté d'imposer à une autre, par un contrat, l'exécution des actes matériels ?

A y bien réfléchir, il y a ici une difficulté certaine et insurmontable. Nous la négligerons cependant; nous supposons

la naissance d'obligations, *de faire*, comme compatible avec la doctrine classique et, cela, pour pouvoir continuer la discussion et examiner les autres conséquences plus spéciales auxquelles cette doctrine nous conduit.

Section Première.

LE PRINCIPE DE LA LIBERTE DE PRODUCTION DES EFFETS DE DROIT ET SES DEROGATIONS.

Une des conséquences principales de l'autonomie de la volonté, concernant les actes juridiques est le principe de la liberté contractuelle. Ce principe consiste en ce que, dans l'acte juridique, la volonté peut produire librement les effets de droit qui lui plaisent, en tant qu'elle n'empiète pas sur le domaine des autres volontés.

D'autre part, deux volontés individuelles peuvent arranger à leur guise, leur sphère respective de volonté: *A*, par exemple, peut librement diminuer de volume pour permettre à la volonté *B* d'étendre son pouvoir.

Inversement, la volonté *B* peut agir de la sorte au profit de *A*. Rien ne peut empêcher la volonté *A* de se diminuer à l'infini, de s'anéantir même pour laisser le domaine libre à la volonté *B*.

D'après les civilistes français, ce principe serait celui que le Code Civil consacre dans l'article 1134, alinéa 1: « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

« Dans le droit moderne, disent MM. Colin et Capitant, la seule volonté produit des obligations ». Le droit des obli-

gations est la partie du Droit civil où la volonté des individus joue le rôle le plus important, car la principale source de l'obligation est le contrat, et dans le contrat, ce sont les parties qui fixent elles-mêmes librement, comme elles veulent, les effets juridiques que leur accord va produire. « Le législateur n'a donc ici, le plus généralement, qu'à préciser les effets plus ou moins distinctement aperçus par les parties, des ententes auxquelles elles se livrent, et dont le fondement se trouve dans l'autonomie de la volonté... Les contrats se forment par le seul consentement des parties, par le simple accord de leurs volontés¹. » — « Cet accord détermine librement, sans aucune réserve, les effets juridiques ou rapports de droit établis par les parties. Celles-ci sont donc souveraines maîtresses; elles organisent comme elles le veulent, comme elles le jugent bon, les droits et les obligations qu'elles créent entre elles. Nous sommes ici, dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C'est elle qui dit le droit². » Mais ce principe n'est pas du tout en conformité avec le système juridique actuel.

En effet, il y a de multiples exceptions dont la plupart ne se justifient guère par l'application de l'idée de l'autonomie de la volonté; au contraire elles lui sont tout à fait opposées.

1. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e édit., Paris, Dalloz, 1923-1925, p. 3, t. I.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 257.

§ 1. Le principe de la libre production de l'effet de droit et la formation de l'obligation d'après le Code civil.

Si nous nous reportons à l'article 1108 du Code civil, il est facile de se rendre compte que, d'après ce texte, les volontés concordantes des individus contractants ne suffisent pas à engendrer les effets de droits.

Or il ne paraît pas que cela puisse se concilier avec l'idée de l'autonomie de la volonté.

D'abord « le consentement de la partie qui s'oblige » alinéa A, article 1108) est chose incompréhensible. Car, on ne peut pas dire que le seul consentement de la partie qui s'oblige suffit. En effet, le consentement de cette partie signifie que sa volonté se replie. Mais en plus, il faut que la volonté de celui qui oblige veuille occuper l'espace libre laissé par la volonté obligée¹.

De plus, en ce qui concerne le consentement, nous avons les articles 1109 et 1125 relatifs aux vices de consentement, qui sont inconciliables avec la doctrine de l'autonomie.

Comment pouvons-nous justifier, par la seule application de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, la disposition de l'article 1109, d'après lequel « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par

¹ Colin et Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 269, où ils disent : que l'expression de l'article 1108 « le consentement de la partie qui s'oblige » est « évidemment inexacte » si l'on se réfère à la conception précédente qui exige l'intervention, non seulement de la volonté du débiteur, mais de celle des deux contractants » Cette conception à laquelle ce passage fait allusion est « la conception doctrinale classique » qui définit le consentement : le *concursus voluntatum*, l'accord des deux volontés.

erreur ou s'il a été extorqué par violence, ou surpris par dol. » Le consentement, dans ces divers cas, existe malgré tout, et cela suffit (sous la condition, bien entendu, que l'autre parti consente simultanément, pour que l'effet de droit se produise d'après la doctrine dynamique de l'autonomie de la volonté). Qu'importe que la volonté se trompe. Qu'importe que cette volonté ait diminué de volume par violence. Il s'agit ici, de violence psychologique, car, dans la violence physique la volonté ne se manifeste point. Mais, dans la violence psychologique, la volonté agit quand même : *lamen coactus voluit* disaient les Romains.

La volonté, avons-nous dit, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, est autonome et libre, jamais déterminée. Si elle agit d'après tel ou tel motif, c'est qu'elle le choisit librement.

Qu'importe encore, pour la théorie de l'autonomie, que le consentement ait été surpris par dol. Cependant, la convention qui contient un consentement ainsi obtenu, par erreur, violence ou dol, est nulle. Et, nous savons qu'un acte juridique est *nul*, « lorsqu'il se trouve privé d'effets par la loi, bien qu'il ait été réellement accompli, et qu'aucun obstacle naturel ne le rende inutile. La nullité suppose donc essentiellement que l'acte pourrait produire tous ces effets si la loi le permettait¹. »

Mais sur quoi se base la loi, pour priver d'effets ces volontés ? Nous ne trouvons pas de réponse à cette question. Ce qui est sûr c'est que la loi ne peut pas se baser sur la théorie de l'autonomie de la volonté.

1. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., 1928, 1931 t. I, n^o 326.

Cependant, l'article 1108, alinéa 3, combiné avec les articles 1123, 1125 du Code Civil, exigent « la capacité de contracter » comme condition essentielle de la validité d'une convention ! De quel droit ? Cet article n'est-il pas en contradiction avec la théorie de l'autonomie ?

« Toute personne peut contracter », dit l'article 1123. Cela est compréhensible puisque toutes les personnes ont une volonté. Mais il ajoute : « Si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ». Or, on peut se demander à quel titre la loi peut priver une volonté de déployer son pouvoir de volonté et de faire des contrats. Cela ne paraît pas conforme à la théorie de l'autonomie. Si la loi rend certaines personnes incapables de contracter, est-ce parce qu'elle juge que leur volonté n'est pas développée ?

Les mineurs, par exemple, n'ont pas encore leur volonté développée pour produire des effets de droit. Mais alors, le mineur ne devrait jamais avoir de droits. Il en a cependant depuis sa conception !

Un fou, dit-on, ne saurait contracter, car il n'a pas de volonté. Nous protestons. Si quelqu'un a une volonté autonome c'est bien le fou puisqu'il agit selon son caprice ! D'autre part, le fou n'est pas privé de droits, donc il a des pouvoirs de volonté, donc il a une volonté pour avoir ce pouvoir de volonté.

Peut-on dire aussi que la femme mariée est dépourvue de volonté ? Ce serait absurde !

§ 2. Le même principe et la notion de cause des obligations.

Nous ne pouvons concilier, avec la doctrine de l'autonomie, le dernier alinéa de l'article 1108, qui demande, en plus, une « cause licite dans l'obligation ».

Nous allons insister un peu sur ce point, car il donne matière à une confusion qu'il faut dissiper. C'est cette disposition de l'article 1108 que l'on vise quand on parle de « la cause des obligations ».

L'obligation, dans un acte juridique (convention), c'est l'effet de droit de cet acte. Or, la cause de l'effet de droit, dans les conventions, d'après la théorie de l'autonomie de la volonté, c'est la volonté des contractants. Par conséquent, la cause de l'obligation serait ainsi la volonté des contractants. Mais dans l'article 1108, il ne s'agit point de cette cause. Il s'agit d'une autre conception de la cause qui a inspiré toute une littérature juridique. Quelle est donc cette conception de la cause qui envisage comme cause autre chose que la volonté des contractants.

Dernièrement, M. Capitant a écrit sur la cause un gros volume¹ qui n'apporte peut-être pas sur ce sujet tous les éclaircissements désirables.

En effet, l'auteur s'élève² contre l'assimilation du but avec la cause de l'acte, car, dit-il, « il n'est guère logique de désigner sous le nom de cause, la fin poursuivie. Le mot cause fait en effet penser à quelque chose d'antérieur à l'acte accompli ; à quelque chose dont cet acte est la conséquence, tandis que le but est dans l'avenir ou, au plus, dans le présent, car il peut

1. H. Capitant, *De la cause des Obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

2. H. Capitant, *op. cit.*, p. 9.

être parfois atteint au moment de la conclusion de l'acte, mais jamais dans le passé »¹.

Nous croyons que cette remarque de M. Capitant n'est pas entièrement justifiée. En effet, M. Capitant semble opter pour un déterminisme absolu. Nous en trouvons la preuve dans plusieurs paragraphes du livre de cet auteur : Page 5, notamment, il écrit : « La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui ; s'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou. » Donc, cette fin domine, détermine la volonté. Et cependant, dans son *Cours de Droit civil*², M. Capitant paraît être partisan de l'autonomie de la volonté.

Dans l'autonomie de la volonté, la volonté peut agir sans but ; elle est cause d'elle-même et de ses volitions. Si elle poursuit un but, c'est parce qu'elle le veut bien, mais elle n'est pas déterminée.

Au point de vue déterministe, rien n'empêche de dire que le but est cause, qu'un but déterminant constitue une cause. Si la cause doit précéder l'acte de volonté qui est l'effet de cette cause, le but ne peut pas déterminer cet effet, car il doit précéder l'effet. Mais le but succède à l'acte. Tout s'arrange si on considère qu'il ne s'agit pas, ici, de causes efficientes, mais de causes finales.

La cause finale, c'est le but, autrement dit « ce en vue de quoi se fait l'action ». Il est vrai que le but étant postérieur à l'acte ne peut, par conséquent, être considéré comme cause.

1. Comp. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1923 ; Sfériadès, *La théorie de la cause*, thèse, Paris, 1897, p. 53.

2. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. 2, pp. 3 et 257.

Mais quand on dit que le but détermine l'acte cela signifie plutôt que c'est le but représenté dans l'esprit du sujet, c'est l'idée de but qui est la vraie cause. Or, cette idée existe dans l'esprit du sujet avant l'acte, donc, nous pouvons lui donner, sans parallogisme, le nom de cause.

Paul Janet dit¹ : « Un homme en tue un autre : en un sens la mort de celui-ci a eu pour cause l'action de tuer, c'est-à-dire l'action d'enfoncer un poignard dans un corps vivant, cause mécanique sans laquelle il n'y aurait point de mort; mais réciproquement, cette action de tuer a eu, pour cause déterminante, la volonté de tuer; et la mort de la victime, *prévue et voulue d'avance*, par le coupable, a été la cause déterminante du crime. Ainsi, une cause finale est un fait qui peut être considéré, en quelque sorte, comme la cause de sa propre cause; mais, comme il est impossible qu'il soit cause avant d'exister, la vraie cause n'est pas le fait lui-même, mais son idée. En d'autres termes, c'est un effet prévu, et qui n'aurait pu avoir lieu sans cette prévision.

Dans la note 1, page 2, P. Janet ajoute : « D'où il suit que l'ordre d'exécution reproduit, en sens inverse, l'ordre de représentation; d'où il suit encore que ce qui est le dernier dans l'exécution (le but) est le premier dans la conception, (l'idée de but). C'est ce qu'exprime cet axiome scolastique : *quod prius est in intentione ultimum est in executione*. L'argument, d'après lequel une chose postérieure peut ne pas servir comme cause finale², tombe d'après ce qui précède.

De plus, M. Capitant distingue la cause du motif³ : « Les

1. P. Janet, *Les causes finales*, Paris, 1876, p. 2.

2. V. plus haut p. 72, note 8.

3. H. Capitant, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, p. 10.

explications précédentes permettent de distinguer aisément la notion de cause ou but, du motif ou mobile déterminant qui décide le débiteur de s'obliger ».

Mais le but détermine aussi la volonté; M. Capitant le dit lui-même : « La volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui. S'obliger sans but, ne pourrait être que l'acte d'un fou ». Le motif détermine également la volonté, puisqu'il n'est que le « mobile déterminant ». Alors pourquoi appeler cause le but et ne pas appeler but le motif ? Quelle différence M. Capitant fait-il entre le but et le motif ? Il nous définit le but par le mobile déterminant. Mais nous a-t-il rendus plus savants ? Qu'est-ce que le mobile déterminant ? Le mobile déterminant ou le mobile tout court ne sont-ils pas une seule et même chose ? De toute façon, il faut savoir d'abord, ce qu'est le mobile dont le « mobile déterminant » semble être une modalité.

M. Capitant ne nous tire pas de cette difficulté, au contraire.

En philosophie, les deux termes « mobile » et « motif » ne sont pas identiques. Le mobile est considéré comme se rapportant à la sensibilité et le motif à l'entendement. Si nous prenons le mobile comme étant en rapport avec la sensibilité, et si nous disons que le motif n'est qu'un mobile déterminant, nous arrivons alors à une doctrine déterministe et matérialiste de la volonté.

On nous objectera qu'il ne faut pas voir le sens philosophique, mais le sens juridique. Etant donné qu'il n'existe pas de définition légale du terme « motif », nous croyons qu'il faut avoir recours à la philosophie pour avoir le sens de ce mot

qui relève de la psychologie. Mais si nous refusons à la psychologie toute intrusion compétente dans les affaires juridiques, nous ne saurions, non plus, malgré la grande autorité de M. Capitant, accepter comme dogme, sa définition du « motif ».

Notre hésitation est d'autant plus justifiée que M. Capitant laisse complètement de côté une longue controverse entre les auteurs du Droit public, concernant le sens des mots : but et motif¹. On voit donc que M. Capitant, non plus, n'a pas mis en lumière cette notion de « cause des obligations ».

Au sujet de la cause des obligations, une autre confusion doit être évitée. Ce qu'on appelle la cause des obligations, ici, n'est pas, au fond, la cause même.

Exemple : *A* vend une chose à *B*. Les obligations (effets de droit) qui naissent à la suite de cet acte juridique, sont :

1^o Obligation de *A* de livrer la chose à *B*.

2^o Obligation de *B* de payer le prix de la chose.

La cause de l'obligation de *A* n'est pas l'obligation de *B*, et la cause qui a produit l'obligation de *B* n'est pas l'obligation de *A*.

En effet, cette obligation de *B* qui consiste à payer à *A* le montant du prix pourrait naître sans que *A* soit obligé de livrer sa chose à *B*.

Rien n'empêcherait *B*, d'après la théorie de l'autonomie de la volonté, de s'engager à payer une somme quelconque à

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. II, pp. 378 et s.; Jèze, *Théorie générale des motifs déterminants* (*Revue de Droit public*, 1922, pp. 37 et s.); et *Principes généraux du Droit administratif*, 3^e édit., 1923, pp. 210 et s.; Bonnard, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives* (*Revue du Droit public*, 1923, pp. 363 et s.) (tirage à part); Hauriou, note sous arrêt Gomel, S. 1917, III, p. 25 et note sous arrêt Lefranc, S. 1926, III, p. 25; Réglade, *Le prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoirs* (*Revue du Droit public*, 1925, pp. 413 et s.); Marc Noël, *Les motifs dans les décisions de juridictions administratives* (*Revue de Droit public*, 1924, p. 350 et s.).

A, unilatéralement, c'est-à-dire, sans que A soit forcé de fournir l'équivalent de cette somme (qui est la chose vendue). Et nous croyons que le Code Civil ne le défend pas; seulement, cet acte juridique serait, non une vente, mais une donation, dans laquelle, nous disent les auteurs du Droit civil, une autre cause surgit : la libéralité. Mais voilà la confusion : la libéralité n'est pas une cause de l'obligation née d'une donation; de même, l'obligation de l'acheteur, de payer le prix, n'est pas la cause, pour le vendeur, de l'obligation de livrer la chose. La cause de l'obligation, dans les deux cas, est le concours des volontés des contractants, d'après la théorie classique même, et la loi, ici, ne fait point dérogation à la théorie classique.

La libéralité et, dans la vente, l'obligation de deux contractants, sont des causes, mais ne peuvent être que causes des volontés contractantes¹.

La chose que la loi a voulu dire, en exigeant, pour la validité des contrats, comme quatrième condition : « une cause licite dans l'obligation », était, à notre avis, la suivante : La loi n'a pas voulu écarter que la cause est dans la volonté des parties. Les volontés des parties restent donc la cause efficiente des effets de droits et, ici, des obligations. Mais la loi s'oppose à ce que ces volontés déterminent capricieusement leurs effets de droits, et elle a exigé que ces volontés qui déterminent les effets de droit soient elles-mêmes déterminées par une cause licite. Les volontés sont cause efficiente des obligations; mais la cause licite de la loi doit être la cause

1. Duguit, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*; il faut dire : *le but ou le motif déterminant*, non point de l'obligation mais de la déclaration de volonté, support de l'acte juridique ».

finale de ces volontés, qui elles, sont toujours causes efficientes des obligations.

L'obligation de l'acheteur *B* de livrer le prix de la chose au vendeur *A* découlerait, d'après la théorie pure de l'autonomie de la volonté, du repliement de la volonté *B*, laissant le domaine libre représentant le prix, à la volonté *A*. Et *A* aussi se replie, pour laisser la chose libre à la volonté de *B*.

D'après la théorie classique, ces deux opérations peuvent avoir lieu en deux actes différents; séparément, par deux accords de volontés; accord de volontés concernant la chose, accord de volontés concernant le prix. Mais que se passerait-il si le vendeur *A* promettait la chose à *B* qui l'accepterait; en d'autres termes, si la volonté *A* se repliait, en laissant la chose libre à *B* qui étendrait sa force de volonté sur cette chose ? Cela pourrait rester ainsi, sans que *A* ait un moyen ni de reprendre sa chose ni d'obliger l'acheteur *B* à en payer le prix.

Cela est compréhensible si nous avons toujours à l'esprit le mécanisme des actes juridiques d'après la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

C'est pour cela que *A*, avant de s'obliger envers *B*, attendra que ce dernier s'oblige envers lui. Etant donné que *B* fera le même raisonnement, les deux volontés n'ayant pas confiance en une volonté autonome s'accorderont pour s'obliger à la fois.

La loi exige, dans l'article 1108, dernier alinéa, que seules les volontés déterminées par une cause licite puissent produire des effets de droits.

A veut vendre sa chose à *B*. Il est déterminé par l'idée que *B* sera obligé de payer le prix de cette chose. L'obligation

de *B* est une cause déterminant sa volonté, c'est une cause licite. Mais *A* est déterminé aussi par l'idée qu'il pourra consacrer au jeu le montant de sa vente. Cette deuxième idée est encore une cause finale, et illicite de la volonté de *A*.

B est déterminé à faire la déclaration de volonté de l'acheteur, par l'idée que *A* lui livrera la chose, cause licite; mais aussi par l'idée qu'avec cette chose (supposons une maison) il fera une exploitation interdite, cause illicite.

Ces causes finales de volonté peuvent être multiples et mêler des causes licites et illicites. Donc, dans la vente, l'obligation de l'un des contractants n'est pas toujours la seule cause finale de la volonté de l'autre, mais seulement une des causes.

Donc, pas de volontés quelconques, mais des volontés déterminées par une cause finale licite. Doit-on prendre en considération toutes ces causes ou une seule, et laquelle?

Et pour savoir si la cause est licite, il faut que la volonté soit toujours déterminée par une cause, autrement on n'aurait aucun moyen d'examiner le « licite » de cette cause. La question se pose de savoir, s'il faut, dans un contrat, déclarer cette cause, toutes les causes finales de la volonté, ou non.

L'article du Code attribue-t-il des effets de droit aux actes dits abstraits?

Voilà une multitude de questions qui se posent et ne coïncident guère avec la théorie classique.

Le Code Civil a donc en vue, ici, une volonté qui se détermine et non une volonté autonome. Nous croyons, en effet, que l'antinomie entre l'autonomie d'une volonté et le déterminisme est bien visible. Comment les civilistes peuvent-ils nous parler d'une autonomie de la volonté consacrée par le Code civil?

Mais les auteurs civilistes classiques, à propos des contrats synallagmatiques, ont voulu voir, dans l'obligation de l'un des contractants, la cause de l'obligation de l'autre, parce qu'ils ne pouvaient pas comprendre que, dans les contrats synallagmatiques, si l'un des contractants a exécuté son obligation avant l'autre, qui en refuse l'exécution, le premier peut demander la résolution du contrat et, par conséquent, la réhabilitation de son obligation exécutée. En effet, cela ne saurait s'expliquer par la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais si nous considérons l'obligation de l'un comme cause de l'obligation de l'autre, nous détruisons toute la théorie classique dynamique de l'autonomie de la volonté; car, ce ne serait plus la volonté qui créerait l'obligation (l'effet de droit) dans l'acte juridique synallagmatique, mais l'obligation du contractant.

Cependant, cette première obligation, comment est-elle créée ? C'est un labyrinthe d'où la doctrine de l'autonomie ne pourra jamais nous tirer. L'obligation de l'un crée l'obligation de l'autre, cela signifie que l'obligation de l'un est la cause efficiente mécanique de l'obligation de l'autre; dans ce cas, l'obligation qui sert de cause à l'autre doit précéder son effet.

Mais pour exister, il faut une cause, puisque nous ne saurions concevoir une obligation sans cause ? Quelle est donc la cause de l'obligation servant de cause à l'autre ? Ce n'est point l'autre obligation puisqu'elle apparaîtra après la première qui lui sert de cause ? Sera-ce la volonté de celui qui s'oblige le premier ? Alors, cette obligation n'aura pas de cause, laquelle, selon le sens qu'on lui donne, serait l'obligation de l'autre, d'après les civilistes; par conséquent, l'obligation est nulle.

Les deux obligations, nous dira-t-on, peuvent simultanément et mutuellement servir de cause l'une à l'autre ! C'est assez sophistique. Nous pouvons, en effet, concevoir des poutres qui restent debout soutenues l'une par l'autre. L'une sert donc de cause à l'autre pour permettre aux deux poutres de rester en équilibre. Nous ne saurions faire, ici, le même raisonnement.

Pour que deux obligations servent de cause l'une à l'autre il faut d'abord qu'elles existent. Les deux poutres ci-dessus existaient d'avance; mais aucune obligation n'existe avant une autre. Laquelle est née la première ? Comment est-elle née sans cause ? Voilà le problème insoluble.

La meilleure solution serait de dire que les deux obligations ont leur cause ailleurs (pour la théorie de l'autonomie de la volonté dans la volonté des contractants) par exemple; mais cette idée de cause, de l'article en question, ne se comprend pas. Elle est en contradiction avec la théorie de l'autonomie qui est une doctrine dynamique de la volonté autonome.

§ 3. Le même principe et l'article 6 du Code civil.

L'article 6 du Code civil qui interdit de déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, se rapproche beaucoup de l'article 1133 qui déclare illicite la cause prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. D'ailleurs, parfois, la jurisprudence préfère appliquer l'article 1133 plutôt que l'article 6.

Cependant, ces deux articles devraient être nettement séparés. En effet, l'article 6 se rapporte plutôt à l'objet de la

convention (prévu alinéa 4, de l'article 1108, et les articles 1126-1130 du Code civil) c'est-à-dire, l'effet de droit, à savoir, le contenu de la volonté, la sphère de volonté, tandis que l'article 1133 vise la cause déterminante des volontés.

A vrai dire, une convention qui a un objet illicite ou immoral a, le plus souvent, une cause illicite ou immorale. Si, par exemple, je vends des jetons de jeu, l'objet est illicite et la cause aussi, car je suis déterminé par le but de m'enrichir par le jeu, lequel est illicite.

La confusion est d'autant plus facile qu'on n'a pas réussi à déterminer exactement les notions de *cause* et *objet*. Il est reconnu, d'ailleurs, que, d'après certains auteurs anticausalistes, la cause de l'obligation est l'objet même de l'obligation. D'après la théorie dynamique, l'objet de l'acte juridique serait l'objet de la volonté, lequel serait l'étendue de la force de cette volonté et la forme que la force volontaire donnerait à sa sphère. Tandis que ce qu'on appelle la cause de l'obligation serait la cause de cette force volontaire. Cela serait contre la conception de l'autonomie de la volonté, qui postule une force initiale, première, originaire, une volonté, cause première, n'étant déterminée que par sa propre cause. Mais revenons à l'article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Nous n'allons pas exposer ici la notion d'ordre public et bonnes mœurs.

Nous donnerons seulement certains exemples de cas d'inefficacité de conventions par application de l'article 6.

Tout le monde est d'accord que les volontés individuelles trouvent des bornes dans les lois portant sur l'organisation

politique ou constitutionnelle du pays. Ainsi ne serait pas valable une convention qui entrave l'exercice du droit de vote, le contrat d'après lequel un individu s'engage à voter pour tel candidat, ou un contrat d'après lequel une personne s'engage à commettre une infraction.

On peut citer aussi le contrat qui tend à rendre obligatoires les fiançailles, en stipulant, en cas de rupture, des clauses pénales, parce que cela porte atteinte à la liberté du mariage¹. Ou encore une convention portant atteinte à l'organisation économique du pays, par exemple aux règles de transfert de la propriété immobilière à l'égard de tiers, ou convention qui déroge aux lois de guerre sur les loyers.

Nous ne voulons point discuter ici la question de savoir si une convention dérogeant à l'ordre public déroge en même temps aux bonnes mœurs, et inversement. Une règle d'ordre public est-elle une règle de morale et une règle de morale est-elle en même temps règle d'ordre public ? C'est alors une distinction à faire entre le Droit et la Morale, très contestée quant à la précision des limites respectives de ces deux notions. On serait également forcé d'examiner si l'expression « bonnes mœurs » équivaut à « règles morales ». Nous renvoyons au livre de M. Ripert : « La règle morale dans les obligations². »

Les cas cités dans cette partie de notre travail, comme contraires à l'article 6 du Code civil, nous les mentionnons sans entrer dans les discussions concernant les bonnes mœurs ou l'ordre public.

Ce qui nous intéresse, pour le moment, est de donner des

1. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1925, n° 43; lois de 5 brumaire et 17 nivôse an II; des 5 et 12 septembre 1791.

2. Ripert, *La règle morale*, *op. cit.*, Introduction.

cas de contrats, et nous continuerons donc la citation des cas de conventions où la volonté des parties trouve des limites, non justifiées par la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

On est d'accord, aujourd'hui, pour considérer « nuls » les contrats portant inutilement atteinte à l'intégrité physique de la personne, contrats relatifs aux opérations chirurgicales ayant un but esthétique; et aussi les contrats portant gravement atteinte à la liberté humaine¹ : celui par lequel une personne s'engage au profit d'une autre personne à ne plus continuer à exercer sa profession, nulle part, et ce, jusqu'à la fin de son existence².

Sont nuls les contrats violant les règles de la morale sexuelle, par exemple : conventions entre concubins, dans le but de soutenir des relations coupables³, conventions concernant les maisons de tolérance, cession de la maison, location d'un immeuble, louage de fournitures, et encore le prêt d'argent destiné à l'achat d'une de ces maisons; contrats concernant le jeu ou paris (vente de matériel de jeu, prêts d'argent pour jouer⁴) etc. ; conventions relatives au trafic d'influence⁵, convention faisant intervenir une question d'ordre pécuniaire dans les rapports où le devoir seul devrait intervenir⁶, la loi du 9 août 1898, qui défend de faire tomber par convention, sur l'ouvrier, le risque professionnel⁷; les dispo-

1. Ripert, *op. cit.*, n° 24.

2. Ripert, *op. cit.*, p. 44; Thaler et Percerou, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6^e édit., n° 84.

3. Ripert, *La règle morale, etc.*, *op. cit.*, n° 45, où on trouve la jurisprudence relative.

4. Ripert, *op. cit.*, n° 46.

5. Ripert, *op. cit.*, n° 26.

6. Ripert, *op. cit.*, n° 53 et s.

7. Duthoit, *Liberté du contrat et tradition chrétienne*, p. 47.

sitions relatives au contrat d'adhésion¹; la loi du 17 mars 1905 sur les clauses de non-responsabilité en matière de transport²; les lois qui limitent le taux d'intérêt³ et plus particulièrement sur l'injustice usuraire⁴; l'article 1387 sur les conventions matrimoniales; la loi du 5 juillet 1844 sur le brevet d'invention; la loi du 1^{er} juillet 1901 sur le contrat d'association⁵; les lois relatives à la taxe des denrées de première nécessité : lois des 17 et 20 avril, 29 juillet et 30 octobre 1916, 30 janvier et 7 avril 1917, 19 et 22 juillet 1924, etc. ; lois sur les loyers pour empêcher une augmentation de loyer; taxation légale de prix pour les compagnies exploitant des services publics concédés; lois sur le contrat du travail entre patrons et ouvriers.

Dans tous ces cas et beaucoup d'autres semblables, nous voyons que les volontés contractantes ne sont pas libres de régler, par accord, leurs sphères respectives. Preuve de l'existence d'une autonomie de la volonté.

§ 4. — Le même principe et la notion d'abus de droit.

Même dans la mesure où les volontés contractantes peuvent délimiter leur sphère respective, c'est-à-dire la sphère dans laquelle la volonté doit agir librement, même dans les limites de leurs droits (droit résultant d'une convention), les volontés ne sont pas libres; il y a des limites imposées, limites

1. Duthoit, *op. cit.*, p. 47.

2. Article 103, Code commerce; Duthoit, *op. cit.*, p. 47; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 60.

3. Ripert, *op. cit.*, p. 107.

4. Gounot, *L'autonomie de la volonté en Droit privé*, thèse, Paris, 1912, p. 100; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, p. 34; Duthoit, *op. cit.*

5. Ripert, *La règle morale, op. cit.*, p. 39.

concernant non l'étendue de leur sphère, mais le libre jeu de la volonté dans la sphère même, à savoir, l'exercice des droits. C'est à cette idée que se rattache la théorie dite « d'abus de droit » ou de « l'exécution abusive des droits ».

En dehors des abus de droit qui visent, non l'étendue de l'exercice de ces droits, mais le but poursuivi par cet exercice, nous avons une délimitation concernant l'exercice d'un droit par rapport à l'étendue même de son exercice. Il nous suffit de rappeler ici la loi qui défend le déboisement.

D'autre part, il y a des lois qui imposent à la volonté titulaire de ne pas rester inactive, d'exercer sa force : telle l'obligation de cultiver, pour un propriétaire.

Mais les cas les plus fréquents sont ceux représentés par le principe d'abus de droit. Nous allons en citer quelques-uns pour faire mieux comprendre l'opposition de cette théorie avec la théorie de l'autonomie.

Il y abus de droit, dans le cas, par exemple, où un contractant épuise un délai qui ne lui est pas utile, uniquement pour porter préjudice à l'autre contractant¹.

Dans l'abus de droit il n'est point question d'une limitation de la volonté dans sa sphère; elle peut agir, mais déterminée par un but légal et non par un autre but (de vengeance par exemple).

1. Cass., 7 mars 1902, *Gaz. Palais*, 10 juin 1902. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (théorie dite de l'abus de droits), Paris; Dalloz, 1927, p. 36; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, p. 101.

Section II

LE PRINCIPE : « PAS D'OBLIGATION SANS CONTRAT ».

De la théorie dynamique ou causaliste de la volonté, une autre catégorie de conséquences pratiques se déduit et est résumée dans le principe : « Pas d'obligations sans contrat » ; c'est la formule classique.

Nous dirons : Pas d'obligations sans accord des volontés qui créent ces obligations, qui les causent.

Selon la théorie mécanique de la causalité, la force causale doit se retrouver dans son effet. Etant donné que les obligations sont considérées comme causées par des volontés concordantes, nous devons toujours trouver ces volontés qui servent de support.

Tous les effets de l'acte juridique, et plus particulièrement les effets d'une convention, doivent supposer des volontés qui les créent. Il ne doit pas exister, d'après le principe de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, un effet de droit sans volonté. Cela est clair. Mais nous verrons que dans le droit actuel, il y a plusisurs effets de droit existant indépendamment des volontés qui se manifestent dans un acte juridique.

§ 1. Dérogations au principe énoncé, prévues Titre IV Livre III du Code civil et certaines lois spéciales.

Nous n'avons qu'à rappeler le titre IV du livre III du Code civil intitulé : « Des engagements qui se forment sans convention ».

Nous ne voulons pas entrer, ici, dans la discussion doctrinale relative à la source des obligations.

Faut-il les classer en deux catégories : d'une part, les contrats, et, d'autre part, la loi; ou faut-il adopter la division classique qui distingue cinq sources : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit, et, enfin, la loi ?

D'après la doctrine plus moderne, précisée surtout par Planiol¹, les quasi-contrats, les délits et quasi-délits s'absorbent dans la source plus large : la loi. « A vrai dire, toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi ». Dans le contrat, la volonté des parties forme l'obligation; c'est elle qui est la force créatrice et qui en détermine à la fois l'objet et l'étendue; le législateur n'intervient que pour sanctionner l'œuvre des parties². « En l'absence d'un contrat, la naissance d'une obligation ne peut avoir d'autre cause que la loi : si le débiteur est obligé, ce n'est pas parce qu'il a voulu; il n'y pense même pas, et, le voulût-il, que sa volonté serait impuissante à le lier, puisque, par hypothèse, elle serait isolée, et ne répondrait pas à celle de son créancier; si l'obligation existe, c'est donc uniquement *parce que le législateur le veut*.

Donc toutes les obligations non conventionnelles ont pour source la loi; ce sont des obligations légales. »

Nous aurions pu chercher à savoir si, en poussant à fond la logique, nous n'arriverions pas à conclure que les obligations contractuelles sont aussi des obligations légales. Mais passons.

1. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., n° 807 et s., t. II. Voir aussi Planiol, article sur la classification des sources des obligations dans la *Revue critique*, 1904, pp. 224 et s.; comp. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923-1925, en 5 vol., t. I, n° 17.

2. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire, op. cit.*, t. II, n° 807.

Si la théorie classique, au lieu de faire une distinction semblable à celle de M. Planiol, a persisté à classer en cinq parties les sources des obligations, c'est toujours, croyons-nous, en raison de cette idée fixe de la volonté.

En effet, elle n'a pas voulu considérer les quasi-contrats, délits et quasi-délits, comme subordonnés à la source loi, car, dans les cas en question, un élément volonté se mêle qui est la cause de l'obligation¹.

Nous devons noter ici que le Code civil, par suite de la mauvaise rédaction de son article 1370², ne tranche pas cette discussion. L'article 1370, en disant que « certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé », semble reconnaître qu'une seule volonté peut former un engagement³.

Si l'engagement peut être causé par une seule volonté, alors la théorie classique a raison de classer en cinq catégories les sources d'obligations, car les obligations, nées d'un quasi-contrat, délit ou quasi-délit, seraient celles ayant, comme cause la volonté unilatérale d'une personne. Mais ce serait contraire à la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, d'après

1. V. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, p. 221 : « La vieille théorie des civilistes, héritée du Droit romain range les délits et les quasi-délits parmi les causes d'obligation au même titre que les contrats. C'est toujours la volonté qui engendre l'obligation, la volonté conforme à la loi dans le contrat et quasi-contrat, la volonté contraire à la loi dans le délit et le quasi-délit; un rapport de droit subjectif naît entre l'auteur volontaire du délit et la victime du préjudice occasionné par ce délit; dans le contrat et le quasi-contrat, c'est la volonté d'un fait licite; dans le délit et le quasi-délit c'est la volonté d'un fait illicite ».

2. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, n° 17; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., t. IV, n° 2787 et 2788; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. II, n° 808; Planiol, article précité (*Revue critique*, 1904, p. 227).

3. Demogue, *op. cit.*, t. I, n° 17.

laquelle, nous l'avons prouvé, il faut, pour l'obligation, deux volontés concordantes.

Mais si la théorie classique n'explique pas l'alinéa I de l'article 1370, comment nous explique-t-elle alors, sans violer la théorie de l'autonomie de la volonté, d'où provient la cause des obligations résultant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, si ce n'est pas la loi ?

Ce qui est certain, c'est que, tant le Code civil que les deux systèmes doctrinaux précédents sont d'accord, pour reconnaître des cas dans lesquels il existe des obligations résultant de l'autorité seule de la loi¹. La doctrine classique aussi admet comme cinquième source la loi². Les obligations légales sont donc admises.

L'article 1370 nous donne comme exemple³ d'engagements légaux « ceux entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée ». Ce sont là des obligations purement légales.

Nous pouvons citer comme exemples plus concrets : l'obligation de bornage⁴ entre propriétaires voisins ; l'obligation concernant la clôture des propriétés⁵, surtout en ce qui intéresse les fonds urbains où la clôture des propriétés situées dans les villes est obligatoire⁶ ; l'obligation de réparer le mur mitoyen⁷.

1. Planol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, op. cit., t. II, n° 807 ; article 1370, alinéa 2 du Code civil.

2. Planiol et Ripert, op. cit., t. II, n° 806.

3. Planiol et Ripert, op. cit., t. II, n° 828 ; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, n° 206.

4. Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 2366 et s.

5. Planiol-Ripert, op. cit., t. I, n° 2385 et s.

6. Planiol-Ripert, op. cit., n° 2388, t. I ; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, n° 208.

7. Article 667 Code civil (l. 20 août 1881) ; Demogue, op. cit., t. III, n° 208.

Le deuxième exemple est donné par l'article 1370 : « Obligation des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée ». A cette disposition, se rattache l'obligation d'éducation¹.

Autres exemples : L'obligation résultant de l'adoption, de la tutelle des mineurs ou interdits²; l'obligation alimentaire entre certains parents ou alliés³; aussi les diverses obligations de contributions directes ou indirectes⁴; obligation des patrons en cas d'accident de travail; obligation d'assistance en mer⁵.

Dans tous les cas cités, nous avons des obligations sans accord de volontés qui les causent; elles résultent simplement de la loi. Comment peut-on concilier cela avec le principe de causalité mécanique d'après lequel il n'y a aucun effet sans cause?

Quelle est la cause ? La loi ? Mais l'obligation est, nous l'avons vu, l'effet des volontés individuelles, c'est donc une volonté individuelle que nous aurions dû trouver derrière ces effets, ces obligations?

Donc, la doctrine de l'autonomie de la volonté est incapable de nous rendre compte de ces divers cas, comme elle est également incapable de nous expliquer les quasi-contrats, délits civils et quasi-délits.

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 828.

2. Demogue, *op. cit.*, t. III, n° 208.

3. Articles 205-207 du Code civil; Demogue, *op. cit.*, t. III, n° 208; Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 828; Ripert, *La règle morale, op. cit.*, n° 150.

4. Demogue, *op. cit.*, t. III, n° 208.

5. L. du 10 mars 1891 art. 4; convention de Bruxelles, 23 septembre 1910, art. 12; l. 29 avril 1916, art. 11; comp. Demogue, *op. cit.*, n° 4 et 69.

**§ 2. — Incompatibilité du même principe avec les notions de :
quasi-contrats, délits et quasi-délits¹.**

Dans les quasi-contrats, nous avons des effets qui ne correspondent guère à une cause volonté. Ce qui est sûr, c'est le fait que les effets apparaissant à la suite d'un quasi-contrat ne correspondent pas à un accord de volontés.

Prenons certains exemples de quasi-contrats pour nous en rendre compte :

Voyons, en effet, la gestion d'affaires. La seule volonté du gérant d'affaires peut faire suivre des obligations aussi bien pour le gérant que pour le maître. Nous ne pouvons dire, ici, qu'il existe un accord de volontés².

Pour l'enrichissement sans cause, nous dirons la même chose ; pour les délits et quasi-délits, également. Ce serait un sophisme d'affirmer que dans les délits, c'est la volonté qui produit les effets de droit qui s'y rattachent³.

De toute façon, ce n'est pas un accord de volontés auquel correspondent les effets résultant d'un délit et quasi-délit.

Mais, arrivons aux contrats.

**§ 3. Impossibilité, pour les contractants, de prévoir tous
les effets de droit auxquels le contrat donne lieu.**

Pour que la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté soit juste, il faut que tous les effets qui suivent un contrat

1. V. étude détaillée de M. Vizios, *La notion de quasi-contrat*, thèse, Bordeaux, 1912.

2. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, n° 4.

3. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle, etc.*, thèse, Montpellier, 1913, p. 133 et s.

soient l'effet causal des volontés des contractants. Si un seul de ces effets ne résulte pas de ces volontés, le principe causaliste ne tient plus.

Pour que les volontés produisent un effet, il faut qu'elle le connaissent, qu'elles le prévoient, pour donner le mouvement correspondant à la force volontaire. Or, combien d'effets d'un contrat ne dépassent pas la volonté des contractants ? Nous n'avons qu'à penser aux dommages-intérêts auxquels un contrat peut donner lieu. Nous ne pouvons pas dire que c'est la volonté des contractants qui a prévu et fixé le taux des dommages-intérêts.

Les contractants n'ont pas pensé, au moment du contrat, à la possibilité d'un cas de dommages-intérêts¹. [Les contractants, surtout les non-juristes, sont dans l'impossibilité de prévoir tous les effets qui découlent d'un acte juridique². D'ailleurs, les parties contractantes ne visent que les résultats matériels, le but économique³ de l'acte juridique et non un résultat juridique.

1. Ponceaux, *La volonté dans le contrat*, thèse, Lyon, 1921, p. 25.

2. Comp. Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, trad. franç. par O. de Meulenaere, pp. 244, 245, où il dit : « Est-ce que je veux toutes les suites que la loi a attachées à *a* (*a* : *animus*) ? Le juriste les veut, certes ; il les connaît, mais l'homme du monde ? Il n'a pas la moindre idée de la plupart d'entre elles ; elles arrivent sur lui comme la fatalité. Sans doute, dans un petit nombre d'actes juridiques, il a parfaitement conscience, lui aussi, de *c* (*c* : *corpus*) ; par exemple dans le prêt ; il sait qu'il reçoit l'argent pour en disposer librement et qu'il doit le rendre ; la volonté dirigée vers *a* implique ici complètement la volonté de *c*. Mais dans la plupart des actes juridiques, *c* dépasse de loin la connaissance de l'homme du monde, et on peut seulement dire : lui-même n'a voulu que le *c* dont il a l'idée. Mais la loi a fixé *c* à sa manière et l'unique moyen qu'elle lui ouvre d'atteindre le *c* qu'il a en vue consiste à prendre par dessus le marché, l'excédent de *c* légal. S'il ne le veut point, il ne peut faire *a* ; s'il le fait, le *c* légal a lieu, qu'il l'ait eu en vue ou non. De cette manière, il peut obtenir tantôt moins, tantôt plus qu'il n'a voulu. Roubier, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, thèse, Lyon, 1911, p. 226 et s. ; Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris 1901, p. 196.

3. Roubier, *op. cit.*, p. 227 et s. ; Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 333.

Un exemple plus probant est l'obligation du contrat de mariage. Supposons un contrat de mariage où les époux adoptent un des régimes matrimoniaux, le régime dotal. On n'ira pas nous dire que les époux ont connu et prévu dans ce contrat tous les effets du régime dotal. Même s'ils sont juristes et bons juristes, ils ne peuvent avoir en tête tout ce labyrinthe d'effets qui en résultent : tels les pouvoirs du mari sur les biens dotaux, inaliénabilité des immeubles dotaux, la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la question de remploi, effets en cas de séparation de biens, etc.,

On pourrait en dire autant si le contrat de mariage adoptait le régime sans communauté ou le régime de séparation de biens.

Si, donc, les contractants avaient prévu tous les résultats, nous accepterions, à la rigueur, que, dans les contrats, c'est la volonté des parties qui crée les effets de droit.

Mais, souvent, les contractants n'ont aucune idée des effets qui se produisent. Cependant, il y a toujours une volonté tacite des contractants qui produit ces effets de droit que l'on suppose sans fondement, ou que l'on attribue à la loi. D'ailleurs, la loi n'exprime, dit-on, que la volonté tacite des contractants et toutes les lois, dites interprétatives, ne font que traduire cette volonté tacite.

« En bien des circonstances, dit M. Dereux¹, on le sait, la loi supplée au silence des individus; elle indique quelle clause le juge devra sous-entendre dans un acte, si les parties n'ont pas expressément prévu telle difficulté. Parfois même le législateur supplée à l'absence totale d'un acte juridique : par exem-

1. Dereux, *op. cit.*, pp. 315-316.

ple si des personnes se marient sans contrat ou meurent sans avoir fait de testament. En pareil cas, à quel titre intervient-il ? C'est, répond l'école classique, à titre d'interprète de la volonté des particuliers. La loi devine ce qu'ils avaient l'intention de dire quand ils ne l'ont pas dit; elle rédige pour eux les actes juridiques qu'ils ont omis de rédiger¹ ».

Rien d'étonnant, d'après la théorie classique, qu'il y ait, dans un contrat de mariage, des effets que ce contrat ne prévoit pas explicitement; la loi supplée à ce silence des parties et ne fait que traduire la volonté tacite des contractants.

Donc, les effets de ce contrat de mariage ont toujours une volonté tacite des contractants qui les a créés. Si les époux n'ont fait aucun contrat de mariage, ils sont soumis au régime légal, régime de communauté si fertile en conséquences; c'est encore la volonté tacite des époux qui produit tous les effets de droit. La loi, ici, en réglementant ce régime, ne fait que traduire la volonté tacite des contractants, présumée existant entre les époux, par le seul fait de leur acte de mariage².

Nous croyons ce raisonnement inadmissible. Comment la loi peut-elle prévoir, *a priori*, les volontés qui vont s'exprimer dans l'avenir? Volontés surtout autonomes et partant capricieuses, ne permettant aucune prévision³. Mais nous avons des cas où ces présomptions de volontés tacites des contractants sont démenties.

1. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. II, n^o 5; Duguit, *Etudes de Droit public*, t. I, *l'Etat, le droit subjectif et la loi positive*; t. II, *l'Etat, le gouvernement, les agents*, Paris, 1901-1903, t. I, pp. 604 et s.

2. Maher, *op. cit.*, p. 140.

3. Saleilles, *De la déclaration de la volonté*, p. 204 et s. : « Il n'y a pas, dit-il, d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens, ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret ».

§ 4. — Le principe « pas d'obligation sans contrat »
et la notion de succession « *ab intestat* »

Les auteurs classiques arrivent, par le même raisonnement de la volonté tacite, à expliquer la réglementation légale de la succession *ab intestat* par le testament tacite.

MM. Planiol et Ripert écrivent : « On a donc pu dire, sans rien exagérer, que la succession *ab intestat* française est le testament tacite ou le testament présumé du défunt¹.

C'est donc, au fond, la volonté du défunt qui cause les effets de droit successoraux. Supposons que le défunt était marié et ne vivait pas en bons termes avec sa femme. Il meurt sans laisser de testament, et n'a aucun parent au degré successible, ni enfant naturel. Sa femme prendra la succession tout entière. Nous savons que le décédé aurait préféré léguer toute sa fortune à une œuvre philanthropique. Mais il est mort très jeune, mettons par accident, et il n'avait pas encore pensé à faire son testament. On nous dit cependant que si sa femme hérite, c'est par la volonté tacite du défunt.

Supposons encore le cas où le *de cujus* avait fait un testament d'où sa femme est exclue. Ce testament est annulé pour vice de forme. La succession *ab intestat* aura lieu et la veuve prendra la succession entière. C'est encore par la volonté tacite du défunt ! Forcément, pour la doctrine de l'autonomie, selon laquelle une succession, par la seule disposition de la loi, est une chose absurde. Mais que dirait-on si le défunt était incapable de faire un acte juridique, à plus forte raison un testament pour lequel la loi s'est montrée particulièrement

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 1700.

exigeante, en spécifiant dans l'article 901 que, pour faire un testament, il faut être sain d'esprit ?

« Si l'une des personnes en cause nous disent MM. Planiol, et Ripert, ne jouit pas de ses facultés intellectuelles, l'acte n'a pas été voulu par elle; il n'a pas été fait¹.

En effet si cette personne est incapable de vouloir, elle ne le peut ni implicitement, ni explicitement. C'est logique. Où se trouve alors la volonté tacite que la loi fait valoir dans la réglementation de la succession *ab intestat*?

N'est-ce pas encore un sophisme?

Prenons aussi le cas où le *de cujus*, au moment de sa mort, fait une déclaration de volonté, un testament verbal, par lequel il exclut sa femme de la succession. Cette déclaration n'a aucune force légale puisque le testament verbal n'est pas reconnu par le Droit français. La succession *ab intestat* aura lieu. La femme du défunt succèdera seule. On pourra nous dire, en ce cas, que la loi ne fait que traduire la volonté tacite du défunt !

Mais supposons encore que la succession *ab intestat* est le testament tacite. Comment pouvons nous concilier cela avec la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté?

La rédaction d'un testament peut être faite par une personne agissant isolément. Donc, il n'a qu'une volonté unique, d'après laquelle des effets juridiques apparaissent. Cela seul constituerait une contradiction avec la théorie de l'autonomie qui exige toujours au moins deux volontés concordantes.

M. Planiol nous dit : « Cette unité de volontés n'est qu'apparente². Ou bien elle est temporaire, et le testament ne peut pas avoir d'effet par lui-même, mais il faut que, plus tard,

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. III, n° 2873.

2. Planiol-Ripert, *op. cit.*, n° 270.

une volonté se rencontre qui vienne se joindre à la première et c'est alors seulement que l'effet juridique se réalisera pour l'acceptation du legs. Même pour la succession *ab intestat*, on peut découvrir ce concours de volontés. L'offre de succéder est faite par le législateur qui souvent se borne à présumer la volonté probante du défunt en attribuant sa succession à tel ou tel parent¹.

D'abord, nous ne comprenons pas comment une volonté peut subsister malgré la mort de la personne titulaire. Si nous admettons qu'elle subsiste, est-elle la même qu'au moment de la mort de son titulaire ? Ou peut-elle continuer à agir librement comme auparavant ? Dans ce dernier cas, comment peut-elle se manifester ? C'est affaire de spiritisme ? Nous ne voyons pas d'autre raison.

Mais le régime juridique actuel semble ne pas adopter cette idée. C'est plutôt l'idée de la volonté se trouvant encore dans le même état qu'au moment de la mort de la personne titulaire, qui explique l'institution du testament. Le testament représente la volonté dernière du défunt, puisque celui-ci pouvait l'annuler ou le remplacer par un autre testament, et il ne l'a pas fait.

Il reste à savoir si, à l'approche de la mort, le *de cujus* était dans l'impossibilité physique de faire un nouveau testament, si sa déclaration verbale de volonté n'a, en réalité, aucune valeur, et, par conséquent, si son testament représente vraiment le dernier état de volonté du défunt ? Une autre question se pose ici : Si ce testament qui représente la dernière volonté du testateur peut produire, après acceptation, tous les effets juridiques, que peut-il signifier d'après cette théorie ?

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 270.

Nous le concevons ainsi : Le *de cujus* replie, jusqu'à l'anéantissement, la sphère de sa volonté, au profit de telle autre volonté.

S'il y avait cependant en même temps, acceptation, de la part de la personne en faveur de qui le testament a été fait, la théorie dynamique pourrait alors facilement justifier les effets du testament. Car cette acceptation signifierait occupation, par la force de volonté de la deuxième personne, du vide laissé par la première. Les autres volontés ne pourraient pas empiéter sur cet espace libre, car la volonté du testateur serait encore vivante et les en empêcherait.

Mais ce n'est pas ainsi que les choses se passent, étant donné que le contrat successoral n'est pas permis.

Si, après la mort du testateur, la volonté reste telle que le testament nous la présente, une volonté anéantie, le fait devant lequel nous nous trouvons alors et qui seul intéresse la théorie dynamique, est l'anéantissement de la sphère de volonté du testateur et le vide qui résulte de cet anéantissement.

Cette volonté du testateur, dont la sphère se trouve anéantie, s'immobilise. Et qui pourrait empêcher des volontés autres que celles des légataires de remplir ce vide ? Personne ; cependant les effets de testament ne sont que pour des légataires.

Nous voyons donc que la théorie dynamique est incapable de nous expliquer la succession testamentaire.

§ 5. — Le même principe et les contrats d'adhésion.

Réfléchissons un peu sur les contrats appelés par Saleilles « contrats d'adhésion² » et nous verrons que nous sommes loin

1. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, n° 89 ; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 374.

de la doctrine de l'autonomie de la volonté¹. Les juristes classiques² persistent à dire qu'il n'y a rien ici de particulier. Ces contrats sont exactement de la même nature que les contrats ordinaires³ et tout s'explique par la volonté commune des parties.

Ce qui caractérise ces contrats, c'est que l'acceptant adhère en bloc aux conditions posées par l'autre contractant. Les effets de droit sont-ils librement causés par le concours de deux volontés? Existe-t-il d'abord une liberté? La plupart des effets de ces contrats se sont-ils pas déterminés par la volonté unilatérale de l'un des contractants?

Exemple : A veut aller à Paris; il n'a pas d'automobile, il est obligé de prendre le train. Il fera alors, dans ce cas, un contrat avec la compagnie de chemin de fer.

Supposons une personne qui n'a pas eu l'occasion de voyager avec le train (ayant utilisé jusqu'alors, pour ses déplacements, une automobile) et qui, connaissant cependant la théorie de l'autonomie de la volonté, s'imaginerait établir, par l'accord de sa volonté avec celle de la compagnie de transport, toutes les clauses du voyage. Arrivé à la gare, on lui indique le guichet qui délivre les billets pour Paris. On lui offre un billet qu'elle accepte en payant le prix. Mais, c'est le contrat; cette

1. Bonnecase, *Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire*, Paris, 1926, n° 121 et s. : « Par exception, certaines catégories d'actes juridiques, plus spécialement les actes juridiques commerciaux, s'inspirent moins par la volonté réelle que par la considération du milieu économique et l'objectif de spéculation poursuivi dans l'acte. Ex. : les ventes maritimes ». N° 126 : « Les conventions type s'interprètent d'après la méthode applicable à l'interprétation de la loi, avec cette précision que, en cas de doute, elles s'interprètent contre l'auteur de leur rédaction et en faveur de la partie ayant apporté son adhésion ».

2. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. II, n° 972; comp. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, Paris, 1919, t. I, p. 54; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, p. 311.

3. Planiol-Ripert, *op. cit.*, n° 972bis; Demogue, *op. cit.*, t. II, p. 618.

courte opération, livraison du billet et paiement de son montant, produit, d'après la théorie classique, tous les résultats qui suivent. Cette opération est un accord de volontés, qui cause tout ce qui arrivera par la suite. Dans la gare, A voit, affiché, un règlement concernant les voyageurs : « Défense de fumer...; ne pas perdre le billet, etc... » Le voici obligé d'observer toutes ces prescriptions qu'il ignorait... et, maintenant qu'il les connaît, il ne veut pas les accepter et demande le remboursement de son billet. Inutile. Il est obligé. Mais il connaissait ces prescriptions, objectera-t-on, et il les a voulues librement ?

Lorsque le contrôleur passe, A ne trouve pas son billet. Le voici forcé de payer une deuxième fois le prix de son voyage. Peu après, A retrouve son premier billet perdu. On ne lui remboursera pas la somme qu'il a payée, malgré tout, une deuxième fois. C'est encore sa libre volonté qui a déterminé cet effet.

Autre exemple : Vous louez une place au théâtre. On a eu l'amabilité de mettre ce billet sous enveloppe cachetée. Au dos du billet de location, il est inscrit : « Défense d'entrer lorsque la représentation est commencée¹. »

Vous arrivez en retard, la pièce est commencée. Vous présentez au contrôleur, à l'entrée, l'enveloppe cachetée contenant le billet. Il refuse de vous laisser passer. Vous allez devant le tribunal. On vous déboute pour le motif que l'effet de la « défense d'entrer pendant la représentation » a été librement voulu par vous. Vous protestez, vous dites que vous ignoriez la chose étant donné que vous n'aviez pas lu ce qui était sti-

1. Cass. civ., 12 décembre 1911, D. 1913.1.12, *Revue du Droit civil*, 1913, p. 433.

pulé au verso du billet de location. Cela ne fait rien. C'est votre volonté tacite qui a voulu cela librement.

Nous pouvons multiplier les exemples :

Vous envoyez une caisse de livres en Angleterre. Vous êtes obligé de trouver une compagnie maritime qui effectue ce transport. Impossible de procéder autrement. Vous n'agissez donc pas librement, vous êtes obligé. La compagnie vous présente un connaissance-type rédigé en anglais, par exemple, et vous ne connaissez pas cette langue. Vous le signez cependant et même si ce connaissance est rédigé en français, vous ne pouvez pas, si vous n'êtes point juriste ou commerçant, savoir la portée des clauses insérées¹.

Donc, vous êtes forcé d'accepter ce connaissance et on vous dit, néanmoins, que vous agissez librement. Vous n'avez pas même lu (à quoi bon puisque vous ne pouvez rien modifier) ou vous n'avez pas bien compris les multiples clauses que vous avez produites cependant, de par votre volonté, avec le concours de la volonté de la compagnie maritime. Nous en dirons autant pour le contrat d'assurance maritime ou terrestre, pour le contrat de travail, à propos du règlement d'ateliers etc.

§ 6. — Le même principe et l'article 1135 du Code civil, la prétendue volonté tacite des contractants.

Mais l'article 1135 serait le meilleur témoin, et très catégorique, de tout ce que nous voulons ici prouver : « Les con-

1. V. modèle du « connaissance type » de sortie de France, adopté les 18 mars et 15 mai 1911 par le Comité central des armateurs de France et la Chambre des négociants commissionnaires et du commerce extérieur. Bonnesse, *Traité de Droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1923, pp. 724 et s.

ventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature. »

Nous pouvons combiner cet article avec d'autres dispositions du Code civil et surtout celle de l'article 1160 qui stipule : « On doit suppléer, dans le contrat, les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »

Mais nous nous bornons, pour le moment, à l'article 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé. »

Donc, par *argumentum a contrario*, les conventions obligent encore pour ce qui n'y est pas exprimé. En d'autres termes, nous avons des obligations, effets de droit, qui suivent une convention, un accord de volontés, sans être exprimées par ces volontés, sans qu'il y ait une déclaration correspondant à ces volontés.

Il s'agit donc de cas où les obligations naissent à la suite d'une convention, sans que ces obligations soient causées par des volontés.

Cette première proposition de l'article 1135, écrivent les partisans de la théorie classique, « veut simplement dire que, pour une obligation, une déclaration explicite des volontés n'est pas absolument nécessaire, les volontés tacites suffisent ». Ces obligations, que nous prétendons savoir, sans volonté, sans support, sans cause, au fond, elles en ont : ce sont les volontés tacites des contractants.

L'article 1135 ajoute cependant : « Les conventions obligent encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

Cet article ne parle donc pas des volontés tacites. Il ne dit

pas : « Les conventions obligent encore à toutes les suites que les volontés tacites des contractants donnent ». Au contraire il dit : « à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent. »

Ce sont donc, l'équité, l'usage ou la loi qui donnent ces suites, autrement dit, ces effets juridiques, et non les volontés tacites. Mais nos contradicteurs ne se découragent pas..., L'équité, répondent-ils, l'usage, la loi ? Mais tous ces termes ne sont que l'expression des volontés tacites des contractants ! Nous avons déjà dit, plus haut, ce que nous pensons de cette prétention. Comment l'équité, l'usage et la loi peuvent-ils interpréter une volonté qui n'est pas encore déclarée¹ ? C'est absurde.

1. Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, n° 374 et s. « On ne doit pas trancher le litige par une recherche d'intention quand le point débattu n'a pas été envisagé par les parties, que la cause en soit leur imprévoyance, leur ignorance ou l'impossibilité de tout prévoir. Le cas est fréquent. Les lois contiennent de nombreuses dispositions dites subjectives pour parer aux lacunes des contrats. Elles sont supplétives en ce sens que le point peut être autrement réglé par les parties. Mais à défaut d'une dérogation conventionnelle, elles s'imposent au juge comme étant le règlement le plus juste. En l'absence de dispositions supplétives, les tribunaux peuvent régler le point litigieux par un appel à l'intervention des parties en recherchant ce qu'elles auraient convenu si elles l'avaient envisagé, mais seulement lorsqu'il apparaît que les parties auraient certainement pensé de même. Or cela est douteux toutes les fois où l'opposition de leurs intérêts leur fut alors apparue. Quand le juge tranche un pareil litige, il le fait en réalité en suppléant à la convention absente, exactement comme le législateur qui formule des dispositions supplétives. Comme lui, il pèse les intérêts en présence, leur valeur respective, les confronte, avec l'idée de justice et l'exigence des intérêts de la collectivité ; le cas échéant, il s'en rapporte aux usages, à la conduite des parties. Et cela alors même qu'il affirme s'inspirer de l'intention des parties ». Comp. n° 374, n. 2, pour la jurisprudence ; aussi, Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, pp. 103 et 182 et s., 420 et s. ; Planiol-Ripert, *op. cit.* : « Cette tâche s'impose à lui (au juge) ; de même qu'il est tenu de statuer dans le silence de la loi (art. 4 C. civ.), il doit statuer dans le silence de la convention, loi des parties. Et le Code lui indique dans quel esprit : « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135 « On doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1160). « Les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134, al. 3). Comp. GénY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2^e édit., Paris, 1919, t. II, pp. 151 et 156 : « Développement

« Il n'y a pas, dit Saleilles, d'interprétation légale de la volonté des parties. Dire que la loi interprète par avance une déclaration de volonté est un pur non-sens, ou tout au moins une fiction qui ne se défend plus. Il n'y a pas d'interprétation abstraite d'un fait concret¹. »

Le même raisonnement s'applique aussi bien pour la loi que pour l'équité ou l'usage.

Il ressort de tout cela que nous avons de nombreux cas d'effets de droit qui dépassent la volonté des parties contractantes; effets qui ne s'appuient pas sur des volontés concordantes, bien que, d'après la théorie dynamique de l'auto-

à donner à l'autonomie de la volonté. Ne s'accorderait-on pas bientôt à compléter l'élément psychologique, que la doctrine a trop souvent pris pour base unique de ses discussions par d'autres éléments, tirés d'une réalité plus large que révèlent au mieux, les besoins de la vie et les idées dominantes pour s'abstenir de toute solution rigide... telles sont déjà les tendances de la jurisprudence »

v. n. 1, p. 158); p. 158 : « Les juges n'hésitent jamais, dans certains cas, à compléter la volonté des parties. Pour expliquer ce résultat, je suppose bien qu'on alléguera une cause tacite, une fixation d'usage, devant être suppléée dans la convention d'après la bonne foi. Mais précisément, je demande que l'on veuille reconnaître ouvertement cette influence de la bonne foi, inhérente à la formation même du contrat, persuadé que cet élément nouveau, introduit dans une théorie jusqu'ici toute en logique, en adoucira heureusement les contours et en élargira les cadres. Je ne doute pas davantage que la même filière d'idées nous amène à reconnaître qu'une entente, imparfaite et incomplète, sur les points essentiels d'une opération agitée entre deux personnes, bien qu'en théorie pure elle ne doive établir aucun lien de droit, sera souvent traitée à l'égard d'un contrat véritable et ne verra pas refuser toute sanction juridique. Ici encore quelques observations toutes pratiques nous offriraient des points d'appui précieux, pour un utile développement de notre science. Bien vite, nous nous demanderons si, dans les faits, la coïncidence de volontés est jamais exacte. Et le résultat de nos investigations pourrait bien être une vue plus claire de cette vérité que, assurément, nous n'ignorons pas, mais que nous avons peine encore à embrasser tout entière, savoir que l'analyse de la formation du contrat, toute dominée qu'elle soit par la notion psychologique du consentement, doit traiter, en quelque sorte, cette notion, à travers le prisme de la vie sociale, de savoir à quelles conditions précises il y a rencontre de volontés métaphysiquement, et incontestable, que plutôt dans quelles circonstances générales le rapprochement des vouloirs paraît suffisant pour mériter leur consécration. Une fois placé sur ce terrain, il me paraît clair que le problème ne se pourra résoudre que par un examen minutieux de la nature des choses, déterminée non plus seulement par la psychologie individuelle, bien plus encore, par la psychologie sociale, par les postulats moraux ou économiques plus généralement par toutes les suggestions de la civilisation interprétées à l'aide de la science. »

1. V. plus haut, p. 92.

nomie, pour un effet juridique appelé obligation, il faille toujours au moins deux volontés qui s'accordent pour produire cet effet.

On dément le principe de causalité qui postule qu'il n'y a aucun effet sans cause.

Ou le principe de causalité est vrai, et alors la volonté n'est pas la cause des effets de droits, puisque nous avons des effets juridiques sans la volonté; ou ce principe est faux, et nous laissons le soin, aux disciples de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, de nous expliquer cela.

Section III.

LE PRINCIPE DE L'INTANGIBILITE DU CONTRAT ET SES DEROGATIONS

Nous avons vu que les deux principes de causalité ne se vérifient pas dans les obligations.

1^o La cause posée, l'effet suit.

Nous avons vu également qu'il y a des cas où, malgré la position de la cause, de la volonté, l'effet juridique ne suit pas.

2^o Le principe de la cause étant absent, l'effet ne suit pas. Mais nous avons vu d'autres cas où plusieurs effets de droit apparaissent sans qu'il y ait une volonté qui les cause.

Comme corollaire à ce deuxième principe, nous en ajouterons un troisième qui se rattache d'ailleurs étroitement aux précédents. Nous pouvons le formuler ainsi : *Nul ne peut modifier ou arrêter les effets d'un contrat valablement formé, sans*

le consentement de tous ceux qui ont contribué à sa formation.

C'est le principe de l'intangibilité du contrat.

La modification d'un effet de contrat, c'est la production d'un nouvel effet, la création d'une nouvelle forme de la sphère de volonté des contractants. La dissolution d'un contrat est encore la création d'un nouvel effet de droit, puisque ici, également, cet effet consiste en une nouvelle forme de la sphère de volonté.

Donc, pour que ces effets se produisent, d'après la théorie dynamique, il faut la contribution des volontés concordantes qui ont causé ces effets, au début; il faut l'action de ces volontés pour produire les nouveaux effets destructifs ou modificateurs des premiers, autrement le principe de causalité serait démenti.

Or, à ce principe, nous trouvons beaucoup d'exceptions qui vont à l'encontre de la théorie dynamique. Il y a des cas dans lesquels les effets d'un contrat s'éteignent ou se modifient sans aucune intervention d'un consentement, d'un accord de volontés unanimes des contractants.

§. I. — Dérogations au principe de l'intangibilité du contrat, apportées directement par la Loi.

Il existe des dérogations au principe de l'intangibilité du contrat apportées directement par la loi.

D'après la doctrine dynamique qui nous a conduits directement au principe de l'intangibilité du contrat, nous arrivons, tout naturellement, au principe dit de la non-rétroactivité des lois.

Ce principe est une conséquence de la théorie dynamique;

il est accepté par tous et ne peut être expliqué que par la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté. C'est celui, tout le monde le sait, d'après lequel le législateur ne peut toucher aux effets du contrat déjà produits par une disposition postérieure à ce contrat.

Nous prouverons, plus loin¹, que nous pouvons être amenés au même principe sans être obligé, pour cela, d'adopter la théorie dynamique.

Cette dernière théorie a-t-elle fait naître le calme dans la conscience des juristes ? Non. La preuve en est dans les controverses sans fin sur la portée de ce principe de non-rétroactivité des lois². Tous les juristes connaissent cette fameuse notion de « droit acquis » qui a encore contribué à embrouiller les esprits; et la distinction de « droits acquis » et « droits expectatifs » qu'on a proposée pour donner un critérium de la non-rétroactivité des lois n'a pas réussi, non plus³.

Néanmoins, voyons si la doctrine dynamique peut justifier ce principe. Si celui-ci était aussi absolu que son énoncé, nous pourrions dire que, pour une fois, la doctrine dynamique a le mérite inappréciable de nous expliquer clairement un principe fondamental du droit. Mais il n'en est pas ainsi; il y a beaucoup d'exceptions : exceptions d'abord, d'après lesquelles une loi, bien que n'étant pas considérée comme rétroactive, touche cependant les effets résultant d'un contrat.

1. Nous ferons cela dans la partie constructive de notre étude.

2. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édit., 1877, t. V, v^o effet rétroactif, § 35 : « Cette matière est une des plus ardues que l'on rencontre dans la science du droit et il s'en faut de beaucoup qu'elle soit encore suffisamment éclairée ». La plupart des auteurs de Droit civil s'expriment de la même façon. V. Bonnecase, *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, t. II, n^o 11 et s.

3. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. I, n^o 241.

C'est dans les cas où les effets d'un contrat sont ce que Duguit appelle des situations objectives ou légales¹. Nous donnons comme exemple le plus caractéristique les lois relatives au régime des droits réels, qui s'appliquent à tous les droits réels existant avant la loi, bien qu'ils soient nés à la suite d'actes juridiques faits antérieurement à cette loi².

**§ 2. — Dérogations au principe de l'intangibilité
des contrats apportées par le Juge.**

Il y a des modifications des effets du contrat sans accord unanime des parties contractantes, qui peuvent être faites par les tribunaux sur la demande de l'une des parties et malgré l'opposition de l'autre³. Voir, par exemple, l'article 484, §2 du Code civil, concernant le mineur émancipé : « A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achat ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès; les tribunaux prendront à ce sujet, en considération, la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou inutilité des dépenses. » Aussi l'article 1244 du Code civil concernant le « terme de grâce ». Il est vrai que ce cas vise l'exécution du contrat, mais il n'est pas moins vrai qu'il modifie les effets du contrat sans la volonté commune, bien que cette modification porte sur l'exécution. Or, cette modification ne se justifie pas par la théorie de l'autonomie.

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, pp. 307 et s.; t. II, pp. 239 et s.

2. V. loi du 9 août 1789 et 18 mars 1790 supprimant, sans indemnité, les droits féodaux. Comp. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. II, p. 249.

3. Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, thèse, Montpellier, 1913, p. 181.

Il faut ajouter aussi que, quelquefois, les tribunaux font, par leur seule autorité, exception au principe en question. C'est ainsi qu'on s'est reconnu le pouvoir de réduire le salaire promis au mandataire quand il paraît excessif¹. Il est vrai que les tribunaux prétendent se baser, en agissant ainsi, sur la volonté présumée des parties²; cette prétention est absurde. Dans le cas, par exemple, de réduction de salaire excessif du mandataire (salaire pourtant fixé par la volonté explicite des deux contractants : mandant et mandataire), comment prétendre que la somme, ainsi diminuée par le juge, a été voulue par la volonté tacite des contractants qui serait contre leur première volonté explicitement déclarée?

Nous pouvons ajouter le cas de rescision d'un contrat à cause d'une lésion ? Nous avons là dessus, des dispositions dans le Code civil et dans les lois postérieures au Code civil.

Dans le Code civil : dispositions relatives aux mineurs³. Art. 1674 : dispositions relatives à la lésion à propos de la vente; art. 884 : dispositions relatives à la lésion dans le partage.

Dispositions postérieures au Code civil : Loi du 8 juillet 1908, sur la vente d'engrais destinée à protéger l'acquéreur contre le vendeur⁴; loi du 29 avril 1916 (art. 7) sur l'assistance maritime qui permet l'annulation ou la révision des

1. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 1076, 5°; Perrin, *Essai sur la réductibilité des obligations excessives*, thèse, Paris, 1905; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925 : « Il appartient aux tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu lorsqu'il est hors de proportion avec les services rendus »; Maher, *De l'autonomie de la volonté individuelle*, *op. cit.*, p. 234; Cass., 13 mai 1883, D. 1885.1.21; Cass., 24 février 1889, D. 91.5.336; Cass., 29 février 1904, D. 1904.1.263; Cass., 27 janvier 1908, D. 1908.1.155.

2. Maher, *op. cit.*, p. 235.

3. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire*, *op. cit.*, t. II, n° 1083, 1085, 1087.

4. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1076-5° et 1590bis; Ripert, *La règle morale*, *op. cit.*, n° 64.

contrats quand la rémunération est hors de proportion avec le service rendu¹; loi du 10 juillet 1915 qui fixe un salaire minimum pour le travail à domicile dans l'industrie du vêtement².

Il faut rattacher à la même question la jurisprudence administrative sur la révision des contrats, qui permet la révision de prix de contrats de longue durée de concession ou marché de travaux publics³; également, la jurisprudence sur la notion d'imprévision⁴. Nous devons citer encore la théorie de la force majeure et les difficultés d'exécution; et aussi l'état de guerre. Mais nous pouvons ajouter à tout cela le cas où le juge annule un contrat lorsque, « par une bizarrerie qui a une origine historique⁵ », la loi admet une « annulabilité qui peut détruire après l'avoir laissé produire ses effets pendant plus ou moins longtemps ».

Voilà des exemples de cas où les tribunaux peuvent intervenir pour modifier les effets des contrats sans que les volontés unanimes des contractants y contribuent.

§. 3. — Dérogations au même principe dans les cas de modifications des effets du contrat par la volonté seule de l'un des contractants.

Quelquefois, les effets d'un contrat peuvent être modifiés, arrêtés, par la volonté seule de l'un des contractants.

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1076-5°; Ripert, *La règle morale*, *op. cit.* n° 64.

2. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1076-5° et 1847; Ripert, *La règle morale*, *op. cit.*, n° 64.

3. Ripert, *La règle morale*, n° 79.

4. V. le fameux arrêt de la Compagnie du gaz de Bordeaux, 30 mars 1916, D. 1916.3.25; S. 1916.3.17 avec note Haurio. Comp. Jèze, *Revue de Droit public*, 1916, p. 233 et s.; Berthélemy, *Revue politique et parlementaire*, 10 juillet 1917, p. 23; Saint-Marc, *De l'imprévision dans le contrat administratif*.

5. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1271; comp. t. I, n° 328.

Nous classons ici les cas de résiliation de contrats par volonté unilatérale : Exemple, résiliation unilatérale ou louage de services à durée indéterminée (art. 1780, 2^e alinéa, Code civil; art. 23, livre 1, Code du travail) la dissolution d'une société à durée illimitée par la volonté de l'une des parties¹ (art. 1869 Code civil); la révocation du mandat sans durée déterminée par la seule volonté unilatérale du mandant (art. 2004-2007). Aussi, la fin d'un bail à durée indéterminée, par la volonté seule de chaque partie, sous la condition, bien entendu, de délai congé (art. 1736); mais ce dernier point ne nous intéresse pas pour le moment.

Le cas de révocation d'un contrat² : Exemple, révocation de donations et legs pour ingratitude du donataire ou du légataire (art. 955 et 1046 Code civil); révocation des avantages matrimoniaux (art. 299 et 1518 Code civil); révocation d'une donation pour survenance d'enfant au donateur (art. 960 Code civil); réduction d'une libéralité excessive au profit des héritiers du donateur (art. 1920 Code civil).

§ 4. — Dérogations apportées par les notions de condition et termes résolutoires.

Quelquefois, les effets d'un contrat s'anéantissent, sans qu'aucune volonté intervienne, par un fait extérieur aux volontés des parties.

Nous envisageons ici le cas de modalités extinctives, dans le contrat où une condition résolutoire a été réalisée, « le con-

1. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e édit., t. II, p. 598.

2. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1325 et s.

trat tombe et, avec lui, tous les effets qu'il avait produits¹ ». Comparer l'article 1183 qui dit : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé; elle ne suspend point l'exécution de l'obligation, elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive. Les effets du contrat sont considérés comme n'ayant jamais pris naissance. Les effets que le contrat avait déjà produits sont anéantis² ». C'est la conséquence de ce que l'on appelle la rétroactivité de la condition.

On nous dira qu'il n'y a en cela rien d'anormal. Tout est ici conforme à la théorie de l'autonomie, car ces effets de la condition résolutoire ont été voulus par les volontés contractantes. En effet, cette destruction des effets du contrat, déjà causée par lui, est causée par cet accord de deux volontés qui ont voulu cette destruction si tel événement se produit.

Mais ne nous laissons point entraîner par ce raisonnement. Réfléchissons sur cette question en prenant un exemple.

A et *B* font un contrat de donation. *A* déclare à *B* qu'il lui donne sa montre et effectivement il la lui remet en même temps. *B* devient propriétaire de cette montre. Mais, dans le contrat, il y a une clause stipulant que si *B* gagne un lot quelconque le contrat de donation sera considéré comme n'ayant pas eu lieu. Selon la théorie dynamique, que s'est-il passé ?

A repliant sa volonté laisse la montre libre à la volonté

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1306; comp. t. I, n° 324.

2. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 324.

de *B* qui s'étend sur la montre *A*. Il est vrai que *A* avait un motif de faire cette libéralité à *B* : c'était pour rendre plus riche *B* qui est pauvre; autrement, il n'aurait pas fait cette libéralité. Mais cela importe peu pour la théorie dynamique. *B* aussi, au moment du contrat, a la volonté de ne plus rester propriétaire de la montre, s'il gagne le lot. Supposons qu'il le gagne, en effet. A ce moment, s'il persiste dans la volonté qu'il avait lors de la conclusion du contrat, tout sera facile; il n'a qu'à replier sa volonté et laisser la montre libre à la volonté de *A*. Alors, si *A* persiste dans son désir initial de ne pas laisser la montre à *B*, sa volonté étendra sa force et récupérera la montre.

Mais si, à l'instant de l'accomplissement de la condition, *B* a changé d'avis (et rien ne l'empêche puisque sa volonté est autonome), et si sa volonté ne veut pas reculer, comment les effets du contrat pourront-ils s'anéantir par l'avènement de la condition résolutoire, selon la théorie dynamique, puisqu'il n'y a pas accord de volontés?

Nous devons donc conclure que cet effet destructif de la condition résolutoire n'est pas dû aux volontés des contractants. Nous devons faire le même raisonnement dans le cas d'un terme extinctif, avec la différence que ce terme modifie les effets du contrat en les arrêtant pour l'avenir seulement. Mais cela importe peu, car, ici encore, nous avons modification des effets de contrat. sans le concours des volontés unanimes des contractants, comme la théorie dynamique nous conduit à le conclure.

§ 5. — **Déroptions au même principe apportées par une tierce volonté.**

Dans certains cas, les effets d'un contrat sont modifiés par une tierce volonté, seule, ou associée à la volonté de l'un des contractants.

Exemples : Cas de cession d'une créance causée par un contrat qui modifie l'effet de droit créé par le contrat, puisque après la cession la personne du créancier change, et ce changement est fait sans le consentement de l'autre contractant débiteur. Aussi, le cas de subrogation conventionnelle, subrogation consentie par le créancier ou, chose plus curieuse¹, par le débiteur seul.

D'autre part, il y a des cas où la seule volonté d'une tierce personne suffit : tel le cas où une dette contractuelle est éteinte, pour le créancier, par le paiement d'un tiers, qui a seul recours contre le débiteur, libéré, s'il n'a pas fait cette opération, par *animo donandi*².

Ou encore, le cas de subrogation légale prévu par l'article 1251 du Code civil, où celui qui paie la dette d'autrui est subrogé par le seul fait de son paiement, voire par sa seule volonté de plein droit dans le droit de créancier³.

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 484, où ils disent que la subrogation consentie par les débiteurs est « un acte tellement anormal qu'il est impossible d'en fournir aucune justification théorique; il ne peut s'expliquer que par des raisons impérieuses d'utilité pratique ».

2. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 474.

3. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 491.

SÉCTION IV

LE PRINCIPE DE LA RELATIVITE DES EFFETS DU CONTRAT

Un quatrième principe qui découle de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, est que les effets d'un contrat ne sont que relatifs aux volontés qui y ont pris part, et à l'objet de ces volontés, c'est-à-dire, à la forme de sphère que leur force leur donne. C'est le principe, connu en Droit privé, de la relativité des effets du contrat.

Cela se comprend aisément si on a présent à l'esprit le mécanisme des actes juridiques et plus particulièrement des contrats, d'après la théorie de l'autonomie de la volonté, tel que nous l'avons présenté plus haut. Nous avons vu que les effets d'un contrat, à savoir les obligations, supposent le repliement de la sphère de volonté de l'un des contractants, pour laisser l'autre volonté étendre sa force dans l'espace libre, d'une part; et, d'autre part, occupation par la sphère de l'autre volonté de cet espace vide. Les autres volontés qui ne prennent pas part à ces contrats restent indifférentes, immobiles, et ne peuvent ni en profiter, ni être lésées par ce contrat. Comment pourrait-on concevoir le contraire avec la théorie dynamique? C'est ce que les civilistes appellent relativité des contrats quant aux choses, et relativité des contrats quant aux personnes¹. Pothier² a exprimé ce principe en disant : « Une con-

1. Planiol-Ripert, *op. cit.*, t. II, n° 1169 et s.

2. Pothier, *Obligations*, n° 85.

vention n'a d'effets qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention et seulement entre les parties contractantes ».

Nous allons voir cependant que cela ne se passe pas toujours ainsi. Nous constaterons, par la suite, des cas où les effets d'un contrat se rapportent à des choses qui sont au delà de l'objet véritable des conventions, et des cas où les effets d'un contrat ont une répercussion sur les sphères des autres volontés qui, cependant, n'ont pas pris part à ce contrat souvent même l'ignorent, ou ont fait effort pour empêcher que les effets de ce contrat les touchent.

Les exceptions au principe de relativité des effets de contrats quant aux choses se rattachent à l'article 1135 du Code civil dont nous avons déjà parlé plus haut. Les civilistes professent qu'il ne s'agit ici que d'une exception apparente, car cet effet provient, véritablement, non pas de ce qu'on étend les contrats au delà de leur objet véritable, mais bien plutôt de ce que les parties n'ont pas été assez explicites dans l'énoncé de leur convention et qu'il y a, dans l'acte, des choses sous-entendues.

Nous avons déjà eu, plus haut, l'occasion de dire ce que nous pensons des arguments des civilistes qui veulent expliquer toute difficulté par la volonté tacite ou présumée des contractants, volonté qui est illusoire; et nous persistons, malgré les oppositions, à voir, dans l'article 1135, une exception très générale au principe de la relativité des effets des contrats quant aux choses, exception qui va à l'encontre de la théorie dynamique. Nous nous bornerons donc à examiner les exceptions au principe de la relativité des effets des con-

trats quant aux personnes. Ce principe est consacré d'abord par l'article 1134 du Code civil, « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Il faut combiner cet article avec l'article 1119 : « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même », et l'article 1165, première partie : « Les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent ».

C'est ce principe qui est exprimé par l'adage : *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse proteste.*

Donc, les effets d'une convention ne peuvent ni nuire aux tiers, ni leur profiter.

§ 1. — Exceptions au principe de relativité de contrat reconnues par le Code civil et le Code de commerce.

Nous avons une exception reconnue par l'article 1165 du Code civil et prévue par l'article 1121. L'article 1121 dit, en effet : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait par soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter ». C'est le cas désigné par « la stipulation au profit d'un tiers » reconnu explicitement par le Code civil même. Ce cas est reconnu comme exception au principe ci-dessus, même par les plus classiques des civilistes¹.

1. Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5^e édit., Paris, 1897-1922, 12 vol., t. IV, p. 508, où ils disent que « les stipulations pour autrui, faites dans le cas de l'art. 1121, constituent aussi une exception à cette règle (c'est-à-dire au principe en question), en ce sens au moins que le promettant se trouve lié envers le tiers, dès avant l'acceptation de la stipulation par ce dernier et ne pourrait se dégager que par une nouvelle convention conclue avec le stipu-

Une autre exception au principe peut être considérée dans le cas d'une substitution, permise en faveur des petits enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs, en vertu des articles 1048 et 1049 du Code civil¹.

Aussi, dans le cas de donation faite par contrat de mariage, des biens présents et à venir, par des personnes autres que les époux, selon la disposition de l'article 1082, § 1, du Code civil. « Pareille donation, ajoute l'article 1082, § 2, quoique faite au profit des époux seulement, ou de l'un d'eux, sera toujours dans le dit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage »².

Nous pouvons ajouter les cas reconnus par la jurisprudence et la doctrine : « L'assurance sur la vie au profit d'un tiers ». Aussi, ayant la loi de 1898, les assurances collectives faites par les patrons au profit de leurs ouvriers contre les accidents du travail³.

Nous avons une autre exception incontestable dans le Code de commerce⁴. Il s'agit du concordat qui est considéré comme une convention⁵. Dans le concordat, la majorité des créanciers du failli (sous la condition de représenter en outre les deux tiers de la totalité des créances affirmées, ou vérifiées, ou admises par provision⁶) s'impose à tous les créanciers et

lant. — Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., t. XII, p. 587, où on voit que la stipulation pour autrui, dans le cas de l'art. 1121 est une exception quand elle fait naître « directement et par elle-même un droit au profit du bénéficiaire ».

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. XII, p. 588.

2. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

3. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 1216; Lambert Ch., *Etude sur le contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893, n° 302-325.

4. Art. 507 C. com.

5. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, XII, p. 588.

6. Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4^e édit., n° 2071; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, t. IV, p. 568; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique*, *op. cit.*, t. XII, p. 588; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4^e édit., t. II, p. 260.

oblige même ceux qui n'y ont pas figuré ou qui s'y sont opposés¹.

On pourrait encore soutenir que l'article 1166 du Code civil constitue une exception au principe de relativité de contrat, puisqu'il semble établir une exception à l'article 1165 en disant : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et action de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement à la personne. » Mais les auteurs du Droit civil font entrer ce cas dans la notion des « ayant cause² » qui, d'après eux, ne constituerait point une exception au principe de relativité des effets du contrat, car les effets d'un contrat visent aussi, tout naturellement, les ayant cause des parties contractantes. Ces juristes jugent en effet naturel qu'il faille placer un certain nombre de personnes qui subissent l'effet du contrat, ou qui en profitent, comme les parties elles-mêmes, parce qu'elles sont leurs ayant cause. Nous ne voyons pas comment.

Qu'il soit nécessaire que certains effets de droit s'adressent quelquefois aux personnes n'ayant pas contracté, mais qui sont les ayant cause des contractants, nous ne le contestons pas.

Il le faut, parce qu'il y a un intérêt, par exemple, parce que cela a une valeur morale juridique ou autre. Mais si ce « falloir » est représenté comme conséquence nécessaire, comme effet causal de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, nous nous croyons obligés de constater sa fausseté, car un effet ne peut avoir de répercussion sur une autre volonté si cette dernière ne l'a pas voulu.

Comment un effet de droit, né d'un contrat entre *A* et *B*

1. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, p. 588.

2. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, p. 588.

peut-il produire l'effet juridique au profit de *C*, si la volonté de ce dernier, bien qu'ayant cause de *B*, n'a nullement contribué à la production de ce droit ?

**§ 2. -- Le principe de la relativité des effets
du contrat et la notion de représentation.**

Dans ce qu'on appelle représentation, nous avons des effets de droit causés par la volonté du représentant et se rapportant à une autre personne qui, cependant, ne les a point voulus. Qu'il s'agisse d'une « représentation conventionnelle » ou d'une « représentation légale », le résultat est le même.

Prenons, comme exemple, le cas du mandat : le mandataire déclare sa volonté dans un acte juridique fait entre lui et une tierce personne. Cependant, les effets de droit produits à la suite de ce contrat regardent directement le mandant sans que celui-ci ait déclaré sa volonté dans ce contrat. C'est ici le cas de représentation conventionnelle. Mais, dans la représentation légale, c'est pareil. Le tuteur exprime sa volonté dans un contrat et les effets du contrat visent la personne que le tuteur représente. Voilà, pour nous, une exception au principe de « la personnalité de contrat » qui ne saurait se concilier avec le principe de la théorie dynamique.

Cependant, les juristes classiques ne voient ici aucune exception car, disent-ils, ces phénomènes juridiques se justifient aisément par la théorie de la représentation¹. Cet artifice de représentation a été nécessaire pour justifier ce fait d'exception au prin-

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 327; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, 494; Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen 1897.

cipe de la « personnalité des contrats ». On a fait un large usage de ce concept pour justifier également beaucoup de phénomènes juridiques qui semblent faire exception à ce même principe. C'est ainsi, qu'en dehors du cas de mandat et de tutelle, on a essayé d'expliquer la solidarité. On a employé pour cela la notion de représentation imparfaite¹ ». Les créanciers et les débiteurs solidaires sont les représentants réciproques les uns des autres. Mais ils ne se représentent qu'imparfaitement, pour certains effets de leurs actes. D'après Remisson, les débiteurs solidaires « sont considérés comme mandataires, respectivement les uns des autres² », et : « Le créancier, au contraire, dit que la poursuite qu'il a faite contre un des obligés est représentée faite contre tous, qu'un des obligés solidairement représente... tous les autres³ ». Toullier, déjà, soutenait pareille théorie⁴.

Après Toullier, la plupart des auteurs classiques font découler tous les effets de la solidarité de cette idée de la représentation imparfaite⁵, et depuis l'arrêt 1873 (*Sirey* 1893, I, page 82 en note) la jurisprudence a appliqué cette idée⁶.

Certains ont essayé d'expliquer par l'idée de représentation

1. Pour le détail, v. Pilon, p. 244 et s.

2. Remisson, *Traité de la subrogation*, ch. VII, p. 47, col. 2, n° 27, cité par Pilon, thèse, p. 252.

3. Dunod de Charnage, *Traité des prescriptions*, 1738; comp. Charmond, *Revue critique*, 1894, p. 66 et s.

4. Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e édit., t. VI, p. 733 et s.

5. Larombère, *Obligations*, t. II, p. 581, n° 4; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. IV, p. 24; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1869-1882, t. IV, p. 281, n° 341; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, t. II, p. 695; Laurent, *Droit civil international*, Bruxelles-Paris, t. XVII, n° 304.

6. Contre cette déduction des effets de la solidarité de la représentation imparfaite, voir Huc, *Cours de Droit civil*, t. VII; Pilon, p. 256 et 275.

la gestion d'affaires¹, et d'autres sont arrivés à appliquer la même idée de représentation pour expliquer les effets obligatoires pour tous les membres d'une personne morale, des actes juridiques faits par les administrateurs. Ce sont les théoriciens de la personne morale fiction².

D'ailleurs, où l'on sent un certain malaise pour justifier le fait que, dans plusieurs cas, nous avons des effets de contrat touchant des personnes qui n'y ont pas pris part, on trouve, pour les expliquer, certains artifices comme celui de représentation.

Avant de critiquer cette notion de représentation, voyons au moins, si elle est simple et susceptible d'éviter des complications.

« Il n'y a pas, dit M. Pilon³, de notion plus flottante et plus vague que celle de représentation », et plus loin, parlant de la représentation limitée en matière d'obligation, il dit : « Mais ici encore dans cette sphère restreinte, la notion de représentation n'est pas nettement déterminée; on parle de représentation dans des hypothèses absolument différentes. Un tuteur, un mandataire, un gérant d'affaires sont des représentants, cela est certain; mais, en outre, on donne à ce mot un sens plus large et l'on désigne sous le nom de représentants tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui : représentants, les créanciers qui exercent en vertu de l'article 1166 les droits de leurs débiteurs; représentants, les différents administrateurs de personnes morales; représentants

1. Pilon, *op. cit.*, p. 298 et s. : « Aujourd'hui la gestion d'affaires, outre les rapports entre gérants et maîtres, crée un lien entre les tiers et le maître, le lien de la représentation ».

2. Pilon, *op. cit.*, p. 187 et s.

3. Pilon, *op. cit.*, p. 8 et s.

aussi, ceux dont le rôle consiste simplement à transmettre la volonté d'un autre. Enfin ce qui est plus curieux, la doctrine française a créé de toutes pièces une théorie de la représentation imparfaite, en matière de solidarité, alors que cette même doctrine n'a édifié nulle part une théorie de la représentation parfaite. Cette confusion tient uniquement à ce que l'on a envisagé séparément les différentes applications de la représentation sans avoir pris soin auparavant de déterminer la nature juridique de la représentation, ses conditions, ses effets ». Et page 15 : « Il n'y a pas de notion plus indécise que la notion de représentation dans les obligations ». Page 16 : « On peut dire qu'autant il y a d'auteurs ayant écrit sur cette matière, et ils sont nombreux, autant il y a de conceptions différentes ».

Nous croyons que ces citations suffisent à montrer comment la notion de représentation, en voulant essayer d'expliquer certains effets de contrat, nous plonge dans d'autres difficultés autrement compliquées.

Nous n'essaierons pas d'exposer, ici, les divers systèmes concernant cette notion, tels celui de représentation fiction et représentation non fiction¹, et ne ferons point la critique de ces systèmes². M. Pilon, dans sa thèse, en concluant au refus absolu de tous ces systèmes, développe suffisamment cette critique. Mais l'auteur ne se décourage pas pour aboutir au rejet pur et simple de cette notion. Il croit trouver la vraie formule de la représentation, en disant : « La représentation s'analyse juridiquement dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté.

1. On trouve un exposé de ce système dans la thèse de M. Pilon, *op. cit.* p. 27 et s.

2. Pilon, *op. cit.*, p. 46.

En d'autres termes c'est la volonté du représentant se substituant à celle du représenté qui participe directement et réellement à la formation du contrat qui produit ses effets dans le patrimoine du représenté¹ ».

La formule de M. Pilon ne nous satisfait point. D'abord comment peut-on concevoir une substitution d'une volonté à une autre ? Et de plus, comment peut-on concevoir la volonté du représentant produisant des effets de droit dans le patrimoine du représenté ?

M. Pilon croit expliquer cela par une conception de l'obligation : « Dans l'obligation, dit-il, il s'agit d'un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine, la personne n'est que l'organe du patrimoine. Qu'est-ce à dire, sinon que tout patrimoine peut se trouver engagé par un autre que son organe normal, et que je puis mettre ma volonté au service d'un autre patrimoine sans engagement du mien ? Que fait primus quand il achète A à tertius, pour compte de secundus ? Il lie le patrimoine de secundus. On est donc toujours dans la notion de l'obligation² ».

Il est facile de réfuter cela. D'abord M. Pilon dit une chose qui manque de clarté : « La personne n'est que l'organe du patrimoine ». Mais qu'entend-il par personne ? Si c'est l'homme physique, nous sommes d'accord pour dire que celui-ci est, d'après la théorie dynamique, l'organe du patrimoine, lequel est l'ensemble des obligations et des droits, l'état de la sphère d'une volonté individuelle. Mais M. Pilon semble plutôt assimiler la personnalité à la volonté, puisque, plus haut, il dit : « substitution réelle et complète de la personnalité

1. Pilon, *op. cit.*, p. 47.

2. Pilon, *op. cit.*, p. 48.

du représentant à celle du représenté; en d'autres termes, c'est la volonté du représentant se substituant à celle du représenté ». Mais, dans ce cas, on arrive à la conclusion de pouvoir remplacer « la personne n'est que l'organe du patrimoine » par la phrase « la volonté est l'organe du patrimoine », puisque volonté et personne sont identiques. Mais si la volonté et le patrimoine ne sont pas identiques ? Il est clair que la réponse de M. Pilon est négative puisqu'il dit : « Je puis mettre ma volonté au service d'un autre patrimoine sans engager la mienne ». Si le patrimoine est l'ensemble des rapports juridiques d'un individu, et si le rapport juridique ne peut être conçu d'après la théorie classique, que comme un état de la sphère de la volonté, on peut conclure que, d'après la théorie classique, le patrimoine n'est que l'ensemble des états de la sphère de la volonté; donc patrimoine et volonté ne peuvent pas se séparer.

Accepter une autre conception du patrimoine, c'est aller à l'encontre de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté. Mais si on nie la théorie dynamique, on n'arrive pas au principe de la personnalité de contrat et, par conséquent, on n'a pas besoin du concept de la représentation qui ne sert que pour expliquer les exceptions à ce principe de la personnalité des contrats.

Nous croyons donc pouvoir dire que la conception de la personnalité, donnée par M. Pilon, ne peut se concilier avec la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, pas plus que les autres conceptions de la personnalité ne peuvent se concilier avec la théorie dynamique. N'importe quelle théorie de représentation se réduit à l'idée qu'une personne déclare sa propre volonté, dans un acte juridique; les effets de cet

acte juridique, qui, d'après la théorie dynamique, doivent être les effets de cette volonté déclarée, sont considérés comme les effets de la volonté d'une autre personne représentée, qui n'a pas déclaré sa volonté, à cet effet. On dit alors que la première personne représente l'autre, que sa volonté se substitue à celle de l'autre. Mais cette conception, au point de vue logique, ne peut se défendre. Et elle a été critiquée autant en France qu'à l'étranger.

En Allemagne, surtout par Iehring et Vangerow¹, qui prétendent que le principe de la représentation est une « monstruosité logique ».

En France, surtout par Duguit, qui conclut au rejet de cette notion de représentation.

« Cette notion de représentation, écrit-il², m'a toujours fortement embarrassé. Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement. Elle est aussi un produit de l'idée fausse qu'on vient de rappeler et d'après laquelle c'est la volonté du sujet se manifestant dans l'acte juridique qui est la cause créatrice de l'effet de droit qui le suit. Et, en effet, dans cette conception, si l'individu qui est partie de l'acte juridique est dépourvu de volonté et que l'acte juridique produise des effets à son égard, il faut bien dire que la volonté qui a participé à l'acte juridique produit cet effet comme si elle était la volonté de l'inconscient. Autrement l'effet de droit serait inexplicable et c'est pourquoi on a imaginé la fiction de la représentation ».

1. Iehring, *L'esprit du Droit romain*, trad. franç., 3^e édit., 1877, t. IV ; p. 510 ; Vangerow, *Pandekten*, § 600, cité par Pilon, *op. cit.*, p. 139.

2. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, p. 475.

Cette notion de représentation naissant encore plus étendue quand il s'agit de représenter les volontés (par exemple d'enfant ou de dément qui sont considérés comme dépourvus de volonté, ou encore de personnes mortes dont la personnalité est encore considérée comme vivante¹.

Section V.

LA THEORIE DYNAMIQUE DE LA VOLONTE ET LA NOTION DE PERSONNE MORALE.

La notion de la personne morale a été nécessaire par la théorie classique plus générale qui soutient que le droit subjectif est un pouvoir de volonté. Donc, pour que certaines collectivités et fondations aient des droits, une personne est nécessaire qui serve de sujet de ces droits. On a créé alors la personnalité morale.

Mais quant à la question plus spéciale qui nous occupe, du rôle de la volonté dans l'acte juridique, la notion de la personnalité a été inventée en Droit privé, pour justifier le phénomène suivant : Un acte juridique fait par certaines personnes physiques, par certains individus, produit des effets de droit pour une personne qui n'y a point pris part et n'a pas voulu ces effets, ou qui, encore, s'y est opposée, sans que ces premières personnes soient les représentants des secondes. Cela porterait atteinte au principe examiné

1. Il s'agit des cas où l'héritier est considéré comme représentant du *de cuius*. V. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 529, n. 7; comp. §§ 531, n. 12, 49, n. 2 et 64, n. 6.

dans la section précédente à laquelle la présente doit être rattachée.

Prenons comme exemple une société anonyme. Nous n'envisageons pas, pour le moment, la nature de l'acte créateur de cette société. A la suite de cet acte, une personne morale a été formée. Cette société procède à des actes juridiques et plus particulièrement à des contrats. Que signifie cela ? Que des personnes de la société, le gérant par exemple, procèdent à des actes juridiques qui engagent tous les membres de la société. Et cela, parce que, dit-on, le gérant n'est qu'un organe de cette personne morale appelée Société. Donc, ici, il ne s'agirait pas d'un acte juridique, d'un contrat qui aurait des effets pour des personnes n'y ayant pas pris part (car le gérant en agissant pour le compte de la société n'exprime pas sa volonté propre, mais simplement la volonté de la personne morale qui est la société).

Pour éviter la difficulté qui pourrait survenir du fait d'attribuer des effets de droit, nés d'un acte juridique, à des personnes qui n'y auraient pas pris part, on a inventé la notion de la personnalité morale et on nous a ainsi amenés dans ce labyrinthe créé par les théoriciens de la personnalité morale.

En effet, la notion de la personnalité n'est pas une notion claire et qui va de soi. Nous n'avons qu'à penser à l'énorme littérature juridique qui a traité de la personnalité morale tant en France qu'à l'étranger¹. Nous n'avons qu'à penser

1. Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, p. 70, n° 16 : L'étude de la personnalité morale a donné lieu depuis une quarantaine d'années à une littérature considérable. Autant il est simple de déterminer la personnalité juridique des êtres humains, autant il est difficile de comprendre comment la personnalité juridique peut avoir d'autres sujets que des êtres humains.

au formidable mouvement d'idées qu'elle a provoqué, de nos jours, comme le dit très justement M. Bonnecase¹.

Et tout cela, pour ne pas avouer la possibilité de la naissance, à la suite d'un acte juridique, des effets de droit visant des personnes qui n'y ont point pris part, qui n'ont pas voulu ces effets ou qui encore s'y sont opposées. Par un tel aveu le principe de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté serait irrémédiablement compromis. Mais croit-on qu'avec de pareils artifices on puisse simplifier les choses ? Nous ne sommes pas de cet avis. La personnalité morale constitue une sorte de spécialité de la science juridique. Il faut consacrer beaucoup de temps à l'étude de cette question pour être au courant des théories multiples qui ont été exposées, sans jamais espérer d'aboutir à une conclusion inébranlable². La question est tellement complexe qu'on n'est même pas d'accord sur la classification des diverses théories traitant de la nature de la personnalité morale³. Plusieurs systèmes ont été proposés à ce sujet. Nous étudierons, très sommairement, les principaux, uniquement pour nous rendre compte des difficultés qu'ils suggèrent⁴. Nous laissons de côté les théories dites négatives

1. Bonnecase, *Supplément au traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. IV, n° 29 : « Qu'il s'agisse de traités de Droit public ou de traités de Droit, privé, notre problème y trouve toujours une large place. On dirait que le développement du droit contemporain oscille autour de la notion de la personne morale... Le mouvement persiste dans un développement ininterrompu; chaque jour apporte une contribution nouvelle ». N° 30 : « La jurisprudence a, en quelque sorte, embotté le pas elle aussi ».

2. Cp. Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, 4 vol., Paris, Rec. Sirey, 1914-1924, t. III, p. 213 : « Les récentes études publiées là-dessus (il s'agit de la question de personnalité morale par rapport au sujet de droit) donnent l'impression d'un chaos d'idées extrêmement pénible et profondément décourageant ». Comp. aussi G. Davy, *Le Droit, l'Idéalisme et l'expérience* pp. 1 et s.

3. Bonnecase, *Supplément*, *op. cit.*, t. IV, n° 34 et s.; Davy, *op. cit.*, p. 15.

4. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, 17^e leç. Comp. Bonnecase, *Supplément*, *op. cit.*, t. IV, p. 47 et s.

de la notion de la personnalité, telles que la théorie de la propriété collective¹, celle du patrimoine d'affectation, celle du patrimoine sans sujet².

§. I. — Le système de la fiction.

D'après ce système, la personnalité morale est créée d'une façon fictive par le législateur, pour servir à un intérêt commun à plusieurs personnes physiques³. C'est une personne fictive, *fictio juris* créée par l'Etat, personne qui ne s'appuie pas sur une réalité mais qui est créée contre toute réalité, comme *l'infans conceptus* qui est considéré fictivement comme né : *pronato habetur, quoties de commodis ejus agitur*⁴.

Cette théorie de la fiction est attribuée à Savigny⁵, qui l'expose dans son *Traité de Droit romain*⁶. Mais cela a été contesté. D'abord, a-t-on dit, Savigny n'est pas l'inventeur de cette notion⁷.

1. Saleilles, *op. cit.*, 18^e leçon; Bonnecase, *op. cit.*, t. IV, n° 39 et s.

2. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., t. I, n° 17 et s.; Saleilles, *op. cit.*, 19^e leçon; Bonnecase, *op. cit.*, t. IV, n° 50 et s.; Momferratos, *Principes généraux du Droit civil*, Athènes, 1915 (en grec), fasc. 1, p. 200.

3. Michoud, *op. cit.*, t. I, n° 6, p. 16, n. 1 et 2 pour la bibliographie; Saleilles *De la personnalité juridique*, surtout 14^e leçon; Laurent, *Droit civil*, *op. cit.*, t. I, n° 287 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., t. I, § 296; Dueroq, *Cours de Droit administratif et de législation française des finances*, 7^e édit., t. IV, n° 1372; Trouillot et Chapsal, *Le contrat d'association*, p. 78 et s.; Orban, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège et Paris, 1906 et 1908, t. I, p. 461; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 7^e édit., 1921, p. 4; Planiol-Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, p. 69 et s.; Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. franç. par Guénoux, t. II, pp. 223 et s.; Windscheid, *Lehrbuch, etc.*, t. I, §§ 49 et 57; Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, trad. franç., Paris, 1900, t. I, p. 158, n. 1; Regelsberger, *Pandekten Leipzig*, t. I, § 75-76, p. 289, bibliographie; Momferratos, *Principes généraux de Droit civil*, *op. cit.*, fasc. 1, § 71; Saripolos, *De l'Etat*, Athènes, 1921 (en grec), p. 28 et s.; Davy, *Le Droit, l'Idéalisme et l'expérience*, p. 13 et s.

4. V. Planiol-Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit., t. I, n° 347

5. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, t. I, n° 6, n. 2; Baudry-Lacantinerie, *Traité*, *op. cit.*, t. I, p. 344 et s.

6. Savigny, *Traité de Droit romain*, *op. cit.*, t. II, pp. 233 et s.

7. Saleilles, *op. cit.*, p. 309.

Déjà, aux sources du Droit romain, on trouve des termes qui impliquent l'idée d'une personne juridique créée fictivement¹.

De plus, Savigny n'est pas partisan de la théorie de fiction, purement et simplement pour toutes les personnes morales².

Savigny commence³ par annoncer qu'il traitera dans les pages qui suivront « de la capacité du Droit » en l'envisageant comme « étendue artificiellement à des êtres fictifs ». On les appelle « personnes juridiques, c'est-à-dire personnes qui n'existent que pour des fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l'individu comme sujets des rapports de droit ».

Il ressort de cette citation que Savigny est pour la théorie de la fiction. Mais plus loin⁴, en parlant des différentes espèces des personnes juridiques, il dit « les unes ont une existence naturelle ou nécessaire, les autres, artificielle ou contingente. Et, en dehors de ces distinctions se place le fisc, la plus importante des personnes juridiques, c'est-à-dire l'Etat lui-même, considéré comme capable de propriété privée ». Nous voyons tout de suite que la pensée de Savigny commence à se compliquer. Nous en avons fait simplement mention, pour donner encore une preuve que même dans le système de la fiction, de la personnalité morale qui paraît être le plus simple, beaucoup de difficultés surgissent quand on veut le préciser. D'une façon générale, dans ce système, c'est l'Etat qui crée fictivement la personne morale et l'élève ainsi à la dignité de sujet de droit, exactement,

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 309.

2. V. sur cette question les observations de M. Ponncase, *Supplément, op. cit.*, t. IV, p. 108 et s.; comp. Saleilles, *op. cit.*, p. 39 et s.

3. Savigny, *Traité de Droit romain, op. cit.*, p. 234.

4. Savigny, *op. cit.*, p. 239 et s.

comme il érige en personne et sujet de droit, l'enfant conçu dans les conditions déjà indiquées.

Ce système fait l'objet de nombreuses critiques¹ que nous ne pouvons exposer dans ce travail. Nous nous bornerons à quelques remarques : Si l'Etat crée les personnes morales, l'Etat est lui-même une personne morale. Mais qui a créé cette personne morale de l'Etat ? D'autre part, si l'Etat, par une disposition juridique (nous disons l'Etat, car la plupart des théories soutenant ce système de la fiction acceptent que c'est l'Etat qui fait le Droit) vient décider qu'un groupe d'individus constitue fictivement une personne morale, afin de trouver dans cette dernière un sujet de droit, pourquoi ne pas dire qu'on reconnaît des droits sans sujet ?

Quant à la question qui nous occupe, au lieu que la loi dise : l'acte juridique fait par un individu a, dans certains cas, des effets pour certaines personnes qui n'ont pas pris part à cet acte juridique (parce que toutes ces personnes sont membres d'une personne morale qui a une existence fictive, distincte de celle des individus qui la composent, et au nom de laquelle l'individu en question agit), pourquoi ne pas dire que, dans tel et tel cas, les effets d'un acte juridique fait par une personne toucheront aussi telle ou telle autre personne et celle-là par fiction de la loi ? Pourquoi avoir introduit cette notion de personnalité morale qui donne lieu à mille difficultés ? Nous aurions pu comprendre les scrupules de ceux qui soutiennent des théories contraires à

1. Saleilles, *op. cit.*, 15^e et 16^e leçon; Michoud, *op. cit.*, n^o 8 et s.; Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, t. I, chap. II, p. 158, n. 1; Jelinek, *L'Etat moderne et son droit*, trad. franç., t. I, pp. 86 et s.; Momferratos, *op. cit.*, p. 200; Saripolos, *op. cit.*, p. 29, n. 3.

celle de la fiction, comme la théorie de la réalité de la personne morale. Mais nous ne comprenons pas vraiment quels scrupules ont guidé les théoriciens de la fiction qui, pour expliquer l'effet d'un acte juridique pour une personne étrangère à cet acte, inventent cette notion fictive de la personne morale. Car, si la loi peut dire qu'un hôpital est une personne morale qui a une volonté, contre la réalité des choses, uniquement parce que la loi le veut, pourquoi cette loi use-t-elle de détours pour dire ce qu'elle veut; c'est-à-dire, qu'elle reconnaît des droits sans volonté, des actes juridiques sans déclaration de volonté, et toutes les extravagances possibles ?

De toute façon, il est clair que la théorie de la fiction est loin de pouvoir se concilier avec la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

§ 2. — Le système de la réalité de la personne morale.

Ici les choses se compliquent. Qu'entend-on par réalité de la personne morale ?

Il y a des auteurs qui, par le terme fiction, entendent « les réalités les plus hautes qui, pour ne pas tomber sous le sens, n'en existent pas moins¹ ».

Esmein, après avoir accepté d'abord que la personne morale est une pure fiction², proteste contre l'accusation qu'on lui a faite de soutenir que la personne morale n'est

1. Esmein, *Éléments de Droit constitutionnel*, t. I, p. 4, n. 7; Saripolos, *op. cit.*, p. 28, n. 4.

2. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 4 : « L'Etat... n'étant qu'une personne morale, une fiction juridique », et p. 43 : « Que lui reproche-t-on (à la personnalité de l'Etat) sinon d'être une pure fiction légale ? Et moi-même je le proclame ».

pas une réalité¹. Esmein paraît avoir une idée personnelle de la fiction à laquelle il tend à attribuer une réalité. Nous croyons que le fond de la pensée de Esmein se rattache plutôt à la théorie dite de « l'abstraction », laquelle doit être distinguée de la véritable notion de fiction², chose que Esmein paraît confondre. Car, bien qu'il dise que la personnalité de l'Etat est une « fiction juridique », « une pure fiction légale », il n'est point pour la théorie de la fiction³ telle qu'elle a été précisée plus haut, il est plutôt pour la théorie de l'abstraction⁴.

Donc, première difficulté sur la séparation de la notion de fiction⁵ avec celle de l'abstraction. Car la notion de l'abstraction entre dans les théories de la réalité de la personne morale. Une deuxième difficulté consiste à fixer la ligne de démarcation entre la notion de « personne morale abstraction » et celle de « personne morale réalité », chose qui nous conduit à la précision de chacune de ces dernières théories. Et ici, les difficultés s'aggravent. On peut se demander si l'abstraction n'est pas une réalité et si la réalité ne suppose

1. Esmein, *op. cit.*, t. I, p. 4, n. 7. « Je n'entends point par là, comme on me l'a fait dire (Max. Leroy, *La transformation de la puissance publique*, p. 266) que l'Etat n'est pas une réalité; toutes les idées exposées dans ce livre protestent contre cette supposition. Mais l'Etat n'est pas un élément fourni par la nature, c'est un produit de l'esprit humain et de la civilisation, comme la patrie et la morale les plus hautes réalités. » Comp. p. 43 : « Mais les fictions légales traduisent parfois les réalités les plus hautes qui, pour ne pas tomber sous le sens, n'existent pas moins ».

2. Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, p. 29.

3. Saripolos, *op. cit.*, p. 28, n. 4; comp. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920-1922, t. I, § 9, n. 23; Michoud, *La personnalité et le droit subjectif de l'Etat dans la doctrine française contemporaine* (*Festschrift Otto Gierke*), p. 498; Saleilles, *op. cit.*, p. 663.

4. Saripolos, *op. cit.*; Carré de Malberg, *op. cit.* « D'après cela (c'est-à-dire ce que M. Esmein dit), le mot fiction doit s'entendre ici, dans le sens d'abstraction, une abstraction traduisant les plus hautes réalités ».

5. Sur les fictions juridiques, voir : Gény, *Science et technique en Droit privé positif*, t. II, n° 240 et s.

pas une abstraction. Les choses se compliquent encore quand on oppose aux théories de la fiction et de la réalité, au lieu de la théorie de l'abstraction, celle de la construction (*konstruktion*)¹. Il faut alors rechercher la différence de l'abstraction et de la construction.

Voyons d'abord *ce qu'on entend habituellement par théorie de la réalité des personnes morales*.

D'après cette théorie, la personne morale n'est pas une fiction, mais un être réel. Du fait des individus qui la composent, il se crée une nouvelle volonté, indépendante des volontés individuelles de ses membres². Donc, d'après cette théorie, la personne morale est une personne réelle, collective, ayant une volonté collective distincte de la volonté des individus qui la composent³. Cette théorie a eu comme principal représentant Gierke⁴. Dans la théorie de la réalité

1. Kelsen, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 181.

2. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887, in-8°, p. 21; Windscheid, *Lehrbuch, etc.*, t. I, §§ 49 et 59; Momferratos, *Principes généraux du Droit civil, op. cit.*, t. I, p. 201; Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 487 et s.; Michoud, *op. cit.*, t. I, n° 31 et s.; Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 11 et s.; Planiol Ripert, *Traité pratique, etc., op. cit.*, t. I, n° 72 et s.; Fisichella, *Sulla realita della persona giuridica*, Catania, 1885.

3. Michoud, *op. cit.*, t. I, n° 32; Saleilles, *De la personnalité juridique*, pp. 522-523 : « Dans ce système, on considère tout groupement organisé et hiérarchisé, comme un être vivant autonome, un vaste corps organisé, analogue à ce que serait le corps humain et dont chacun des individus qui le composent serait analogue à ce que sont les cellules chez un être vivant ». Baudry-Lacantinerie, *Traité, op. cit.*, t. I, p. 345 : « D'autre part, et surtout si la volonté est la base de toute personnalité, celle des communautés a tout autant de titre à se faire admettre que celle des êtres physiques. En elles se forme effectivement une volonté collective, tout aussi ferme et même le plus souvent moins capricieuse que celle de l'individu qui se manifeste par les fins à la réalisation desquelles elle pense et pour le choix des moyens qu'elle emploie à les réaliser. »

4. Gierke, en effet, dit que : « La capacité de vouloir et d'agir des corporations est une réalité existant dans et avec leur personnalité. Pour nous, le droit leur attribue la personnalité précisément parce qu'il voit en elles les sujets d'une volonté collective une et continue. Ici, comme dans l'individu, nous voyons la base de la subjectivité dans une volonté qui est la force interne, principe des actes extérieurs » (*Genossenschaftstheorie, op. cit.* 608, passage cité par Mi-

des personnes morales. en Allemagne, nous pouvons faire entrer aussi la théorie de Zitelmann¹ et au moins, dans ses propositions principales, la théorie de Regelsberger², pour ne citer que les plus importantes.

En France, M. Mestre³. Ces théories se rattachent aux théories sociologiques de la société organisme⁴ et de la volonté collective⁵. Ces dernières ont été encouragées par la psychologie de la foule et plus généralement par la psychologie collective⁶.

Les juristes de la réalité des personnes morales affirment, tout simplement, la formation des personnes morales et leur

choud dans *Théorie de la personnalité morale*, t. I, p. 69, n. 1).

V. aussi un autre passage de Gierke, cité par Duguit, *Traité*, op. cit., t. I, p. 487 : « La capacité de vouloir et d'agir, de la collectivité, comme celle de l'individu reçoit du droit le caractère d'une capacité juridique mais n'est point créée par le droit. Le droit la trouve préexistante, il la reconnaît, en délimite l'action... » Et p. 488 : « La volonté et l'agir corporatif apparaissent comme l'action vitale d'une personnalité immanente à la collectivité qui se manifeste efficacement dans le domaine du droit en tant qu'elle est exprimée dans l'organe externe appelé par le droit. »

1. Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, p. 53 et s. Pour cet auteur, la personne morale a une réelle existence, car, dans son action juridique (*Rechtssphäre*), c'est une volonté réelle qui domine, la volonté formée dans l'unité des membres d'une collectivité, la volonté du fondateur dans la fondation. Comp. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit., t. I, n° 36 et s.; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch*, op. cit., t. I, p. 49, n. 8; Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 521 et s., où on voit la nuance entre la théorie de Gierke et de Zitelmann; Planiol-Ripert, *Traité pratique*, op. cit., t. I, p. 77.

2. Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, t. I, § 75; comp. Windscheid, *Lehrbuch*, op. cit., t. I, § 49, n. 8.

3. Mestre, *De la personnalité pénale des personnes morales*, Paris, 1900, pp. 224 et s. Comp. Duguit, *Traité*, op. cit., t. I, p. 489; Planiol-Ripert, *Traité*, op. cit., t. I, p. 77.

4. Cette idée a été soutenue par Worms dans son ouvrage *Organisme et Société* et par Espinas, *La société animale*. Voir aussi Michoud, op. cit., t. I, p. 70 et s.; Nicow, *Conscience et volonté sociales*, pp. 112-113.

5. Sur la volonté collective, nous pouvons citer les œuvres de Durkeim et surtout *La Division du travail social*; aussi Blondel, *Introduction à la psychologie collective*, Paris, Colin, 1928. On a coutume de rattacher à ces théories la théorie de la volonté générale de J.-J. Rousseau (Michoud, op. cit., t. I, n° 38; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, §§ 19 et 21); Mestre, *Revue de Droit public*, 1902, pp. 447 et s. Nous aurons l'occasion de revenir ailleurs sur cette conception de Rousseau.

6. Blondel, *Introduction à la psychologie collective*, Paris, 1918.

existence ontologique, sans se préoccuper d'en donner les preuves. C'est le cas de Gierke¹.

Or, quand on veut donner des preuves, la chose devient beaucoup plus difficile et les sociologues déjà cités n'ont pas convaincu beaucoup d'esprits. En effet, les auteurs qui font de la société un organisme vivant prennent une simple analogie pour une identité. Même si nous supposons l'homme comme une cellule de l'organisme social, il nous faut, d'après la biologie, son *milieu interne et externe*. On peut, à la rigueur, soutenir que le milieu interne de cette cellule est le corps humain, mais où se trouve le milieu externe qui, pour les cellules des êtres vivants, serait le sang? « Le milieu externe, pour les cellules de l'organisme social, est constitué par les idées », dit Espinas. Mais les idées ne sont pas des substances qui planent dans l'atmosphère, comme les hémoglobules? Les idées n'existent que dans la mesure où l'individu les perçoit. Même si nous espérons prouver que la société ou une collectivité organisée est un organisme vivant, cela ne suffit pas pour dire qu'elle est une personne morale. Car ce qui caractérise une personne, c'est sa volonté. Et il nous faut ici, pour la théorie classique, une volonté de la personne morale car, sans cela, l'existence de la personne morale serait inutile².

1. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 69 : « Il est à remarquer cependant que les auteurs qui basent sur cette définition leurs théories de la personnalité morale n'essaient pas tous de faire cette démonstration. C'est le cas notamment pour plusieurs des représentants de l'Ecole dite germanique. D'après eux, la personne morale est une personne collective réelle, distincte de la volonté des individus. Mais ils se contentent sur ce point d'une simple affirmation (v. note 1, même page), ils ne montrent point le processus de cette volonté, ni les qualités qui peuvent la rendre respectable. Une simple affirmation ne suffit pas cependant car, l'existence de cette volonté collective n'est rien moins qu'évidente. »

2. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 69 : « Si l'on prend ce point de départ, (c'est-à-dire celui de la doctrine classique), il faudra, pour arriver à démontrer que des êtres collectifs ont une personnalité réelle, prouver qu'il y a entre eux une volonté semblable à celle de l'homme et respectable pour les mêmes motifs. Il ne suffit

D'autre part, les preuves de ceux qui, comme Durkeim, soutiennent l'existence d'une volonté collective, ne sont pas non plus convaincantes. Car il est impossible de prouver l'existence d'une telle volonté.

On nous dira, peut-être, qu'il est aussi impossible de prouver l'existence de la volonté individuelle. Mais là n'est pas la question pour le moment. Ce qui importe actuellement, c'est qu'il nous est impossible de concevoir l'existence d'une volonté collective pour une collectivité quelconque.

Mais, même si nous arrivions à prouver l'existence de cette volonté, nous n'aurions pas supprimé toutes les difficultés que la notion de personne morale fait naître. Car, en dehors des personnes morales, collectivité des volontés individuelles, nous avons les personnes morales : fondations¹.

Comment concevoir la personnalité d'une fondation? On nous répond qu'il y a personnalité réelle de la fondation car il y a une volonté qui y domine, celle du fondateur².

Gierke aussi soutient la même conception³. Il enseigne lui aussi, que la fondation est un organisme dont l'âme est la volonté du fondateur qui y domine. Mais cette volonté ne pourrait pas continuer à vivre si elle ne s'incorporait pas dans cet organisme de fondation (*austaltlich*). Ainsi cette volonté peut continuer à vivre en ayant à son service des porteurs vivants de volonté. Ce porteur ou support vivant de la volonté du

pas de faire cette preuve par approximation; il faudra montrer que cette volonté est libre comme la volonté humaine, puisque cette liberté seule explique les prérogatives qu'on lui attribue ».

1. Sur la définition de la fondation, voir de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations*, p. 1 et s.; Michoud, *op. cit.*, n° 76 et s. du t. I; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, § 42.

2. C'est la conception de Zitelmann. V. Windscheid-Kipp, *Lehrbuch, etc.*, t. I, § 49, n. 8.

3. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, t. I, § 41, n. 8.

fondateur qui est la volonté de la personne morale, de la fondation, sont l'ensemble des individus nommés pour réaliser cette volonté du fondateur. C'est l'ensemble de tous les organes de la fondation qui se succèdent pendant sa durée.

A cette proposition de la volonté dominante du fondateur, Windscheid répond que, « dans la fondation, ce n'est pas la volonté du fondateur qui domine (*ist massgebend*) mais son vouloir, ce qui a été voulu par le fondateur »¹.

Comment peut-on accepter une conception comme celle de Gierke et Zitelmann? En effet, supposons que le fondateur vive encore. S'il a aliéné sa volonté à la fondation, il n'aura plus de volonté pour lui, car, croyons-nous, chaque personne n'a qu'une volonté. D'autre part, s'il veut faire plusieurs fondations, il ne le pourra pas, puisqu'il n'a qu'une volonté. Maintenant, supposons que la fondation ne doive se constituer en personne morale qu'après la mort du fondateur. Physiologiquement, la volonté doit disparaître avec la mort de la personne. Pour accepter la possibilité que la volonté du fondateur, déjà mort, serve de volonté à la personne morale fondation, il faut accepter deux faits indémontrables : 1° Que la volonté subsiste, après la mort de la personne titulaire, et, 2°, la réincarnation.

D'un autre côté, il faut accorder à une personne (ici, le dirigeant de la fondation pour les organes de la fondation) la possibilité d'avoir plusieurs volontés, une qui lui est propre, et une autre qui serait celle du fondateur, qui serait devenue volonté de la personne morale, et résidant dans la personne des organes de la fondation. On s'aperçoit que toutes ces questions sont presque insolubles. Et l'on pourrait cependant,

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*

éviter tout cela si l'on n'avait pas cette théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

§ 3. — Le système de la personnalité morale « abstraction » ou « concept ».

Il existe une troisième théorie qui se place entre celle de la fiction et celle de la réalité des personnes morales. Nous y avons déjà fait allusion¹ quand nous signalions la difficulté d'établir la ligne de démarcation entre la notion de la personne morale « abstraction » et celle de la personne morale « fiction », d'une part, et personne morale « réalité » d'autre part.

Nous pouvons donner à cette troisième théorie le nom de « théorie de personne morale », « abstraction² » ou « concept³ ».

D'après cette théorie, la personne morale n'est pas une chose tangible, elle n'a pas une existence substantielle et naturelle, mais il ne s'ensuit nullement qu'elle n'existe pas. Nous nous bornons à citer ici quelques passages des principaux représentants de cette théorie pour mieux nous pénétrer de leur raisonnement.

1. V. plus haut, p. 237.

2. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, trad. franç., Paris, 1900, t. I, p. 158, n. 1; Jellinek, *Gesetz und verordnung Freiburg Mohr*, 1887, in-8°, pp. 192 et s.; Jellinek, *System des subjectiven öffentlichen Rechte Freiburg*, 2^e édit., 1905, p. 17, pp. 22 et s.; Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, trad. franç., t. I, p. 83 et s.; Saripolos, *De l'Etat*, Athènes, 1921 (en grec), pp. 29 et s.

3. Hauriou, *La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat (Revue trimestrielle de Droit civil)*, p. 341 : « Mais il ne faut pas oublier que la personne morale comme le corps constitué lui-même n'est qu'un concept d'autant que c'est dans le cadre d'idée directrice du corps, c'est-à-dire à l'intérieur d'un concept que le phénomène de l'intériorisation se produit ». Comp. Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 603; Noel, *L'administration centrale*, Paris, 1911, p. 216, qui écrit contre le « réalisme grossier » qui consiste à considérer les personnes morales comme fiction, parce qu'elles ne tombent pas sous le sens.

Laband, dans son grand ouvrage *Le Droit public de l'Empire allemand*¹, écrit : « La caractérisation de l'Etat comme personne juridique est l'objet d'une grande controverse scientifique qui, dans les limites que l'on doit s'imposer dans l'exposition d'un droit positif concret, ne saurait être discutée avec tout le développement voulu. D'un côté l'Ecole dite empirique « matérialiste » rejette absolument l'idée de personne juridique, voit en elle une fiction, un jeton de jeu, juridico-scientifique, une béquille logique, etc... sous prétexte qu'il lui manque l'existence réelle (physique) qui n'appartient qu'aux individus humains. Cette objection, on peut l'élever contre toutes les notions juridiques, sans exception. Le droit n'est qu'un monde d'idées; rejeter une notion juridique parce qu'il lui manque une existence réelle (physique) c'est rejeter le Droit lui-même. De ce que le Droit n'a pas d'existence substantielle, on ne peut pas conclure qu'il n'existe pas réellement, mais qu'il consiste seulement en fiction. D'un côté, Gierke et ses partisans, notamment Preuss, attribuent aux « personnes collectives » (associations, sociétés, corporations) une existence aussi substantielle qu'aux individus humains, et leur reconnaissent de véritables organes dans le sens de la biologie; ils rejettent par là cette conception basée sur une abstraction logique, à savoir l'idée d'un « sujet de droit » formé par la collectivité, sujet de droits essentiellement différent des individus, et qui se dresse en face d'eux comme ayant pour lui-même ses droits et ses devoirs, en les qualifiant d'« individualistes », de civilisateurs, de romanistes et autres termes semblables. Mais la personne collective ne vit

1. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, trad. franç., t. I, p. 158, n. 1.

et ne se meut que dans le monde des pensées et n'est qu'une « idée », lors même que cette idée se rattache à un substratum réel. C'est en vain qu'on s'efforce de faire d'une notion juridique un être réellement existant (au sens physique), il en est de même de la personnalité de l'homme; elle est également une « idée » juridique et pas autre chose; la nature crée des hommes mais pas de sujets de droits; il n'y a pas de personnes naturelles mais seulement des personnes juridiques ».

Nous rapprochons de cette citation, quelques passages de Jellinek : « Le monde juridique est un monde d'abstraction et non pas de fiction. A la base de l'abstraction, il y a toute une suite de processus réels qui ne sont pas passés dans le monde extérieur et dans notre être interne. Tout autre est le caractère de la fiction. A la place des faits réels elle fait intervenir des faits imaginaires, elle donne à ceux-ci la même réalité, elle les place sur la même ligne. L'abstraction repose sur les faits, la fiction, sur la fantaisie pure¹. Et ailleurs : « L'homme présente à l'étude scientifique objective une succession ininterrompue de faits intérieurs et extérieurs. Ces faits sont synthétisés par nous en une unité : celle de l'individu, et cependant, nous ne pouvons pas affirmer que cette unité existe réellement, c'est-à-dire hors de nous. Car, affirmer un moi qui constituerait l'élément permanent de ces actes changeants et qui serait le noyau sur lequel viendraient s'appliquer toutes les transformations et tous les états psychiques, poser ce concept comme un être réel, c'est émettre une idée métaphysique que la science ne pourra jamais démontrer rigoureusement. On ne peut pour prouver cette réalité, s'en rapporter à l'unité de la conscience qui relie entre eux les phénomènes

1. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, pp. 87 et s.

de la vie intérieure des individus, pour ériger en un élément constant permanent, au milieu des faits de conscience, sans cesse changeants; cette unité en effet n'existe pas du tout.... Concevoir l'Etat comme personne juridique ou sujet est une chose que nous pouvons faire avec tout autant de raisonnement scientifique que concevoir l'homme comme sujet juridique¹. »

Nous nous rendons bien compte de l'envergure que présente la question, au point de vue philosophique. C'est un grave problème de la connaissance qui se pose ici. Abstraction, conception, sont des termes qui constituent une véritable pierre philosophale.

« Il n'y a pas, dans toute l'histoire de la philosophie, écrivent Paul Janet et Gabriel Seailles², une théorie qui tienne une aussi grande place que la théorie du concept. Elle est le pivot sur lequel tourne la philosophie grecque avec les sophistes et Socrate. La philosophie de Platon se ramène, en dernière analyse à une théorie des concepts, de leurs relations, de leur mutuel enveloppement. En dépit des apparences, il en est de même de la doctrine d'Aristote. Après Aristote, la logique tend à s'isoler. Alors commence une véritable scolastique dont le Moyen-Age ne fait que continuer la tradition. La philosophie du Moyen-Age est toute entière remplie par la querelle des universaux. La logique et la métaphysique de nouveau s'unissent, mais par une sorte de renversement des

1. Jellinek, *op. cit.*, pp. 278 à 280; comp. Seailles, *op. cit.*, p. 603; Noel, *op. cit.*, p. 216; Affolter, *Zur Lehre von Staatenbunde und Bundesstaate en Archiv des öffentlichen Rechts*, t. XXXIV, 1915, p. 58, où il dit que l'Etat, bien qu'abstraction, est cependant *Wirklichkeit* (une réalité) et, p. 56 : *Konkret-wirkliches Subjekt*.

2. Janet et Seailles, *Histoire de la Philosophie*, Paris, Delagrave, 1888, p. 473.

termes, c'est la métaphysique qui est subordonnée à la logique, le concret à l'abstrait. De là une tendance à s'éloigner de plus en plus de la réalité, une confiance excessive dans des formules qu'on ne vérifie plus. Le cartésianisme dont la physique est toute mécanique, n'attache pas grande importance aux genres et aux espèces; mais toute sa doctrine repose cependant sur une théorie des concepts qu'il substitue aux universaux de l'Ecole. Enfin les progrès continus de l'empirisme et les théories de l'évolution et du transformisme remettent au premier rang ce grand problème qui se retrouve au fond de toutes nos discussions sur la finalité ».

Il ne suffit pas, croyons-nous, de prononcer le mot « concept » ou « abstraction¹ » pour résoudre la question de personnalité morale, car il faut analyser ces termes. Et ce travail conduirait le juriste à des controverses philosophiques épineuses, pour lesquelles il serait obligé de prendre parti. Ces controverses peuvent se grouper en trois théories désignées par les termes suivants : « réalisme », « nominalisme », et le « conceptualisme² ».

1. Ce qui est dit pour le concept est également valable pour l'abstraction car ces deux termes sont de même nature. En effet, le mot concept est pris comme synonyme d'idée générale (Roustan, *Leçons de philosophie*, 11^e édit., t. I, p. 328 : « une idée générale ou concept »). La seule différence est que, quand nous employons le mot : idée générale, nous tenons compte surtout de l'extension, et le mot concept est surtout employé en tenant compte de la compréhension. Comp. Goblot, *Vocabulaire philosophique*, où on lit : « Les deux mots genre et concept se distinguent par une nuance assez délicate mais presque toujours observée : le genre est l'idée générale envisagée surtout au point de vue de son extension; le concept, l'idée générale envisagée surtout au point de vue de sa compréhension ».

Or, les termes généraux sont en même temps des termes abstraits et un terme abstrait est en même temps un terme général. Nous nous formons une notion abstraite, en observant un ensemble d'objets et en considérant les qualités qui leur sont communes, et en oubliant les caractères qui sont propres à chacun d'eux individuellement. Quand un terme veut désigner les qualités communes d'un objet c'est un terme abstrait et quand il veut désigner l'ensemble d'objets que nous pouvons rapprocher entre eux, à raison de leurs caractères communs, c'est un terme général.

2. Lire à ce sujet Malapert, *Leçons de philosophie*, t. I, p. 276, n. 1 et pp. 321

Nous laisserons de côté le grand problème psychologique à propos de « concept », qui donne lieu à la grande controverse entre les « *sensualistes ou empiristes* » d'une part, et les *intellectualistes* » d'autre part¹; comme aussi, nous ne voulons point parler du débat, né à un autre point de vue et toujours à propos du concept (débat qui s'est accentué ces dernières années avec le pragmatisme) entre le psychologisme et le logicisme², ni du débat suggéré par la sociologie sur l'origine et l'évolution des idées générales³.

Voyons aussi si l'usage du mot abstrait est clair. On oppose généralement les mots *concret* et *abstrait*. Mais cette opposition n'est pas assez absolue. Dans la logique le mot concret n'est pas usité. Au lieu de « concret » on préfère le terme « singulier ». En effet, qu'appelle-t-on concret ? C'est ce que nous percevons, ce qui touche nos sens ou encore ce que nous pouvons nous imaginer. C'est ce dont nous pouvons former une image. Or, on a dit souvent que les mots : couleur, lumière, température, sont des termes concrets, tandis que le nombre, par exemple, est un terme abstrait. Cependant, si nous réfléchissons, la couleur ne peut être un mot concret car on ne

et s. et plus particulièrement pp. 328 et s.; Janet et Seailles, *Histoire de la Philosophie*, pp. 473 à 565; Dumas, *Traité de psychologie*, Paris, Alcan, t. II, chap. 3, art. de M. Delacroix, sous le titre « Les opérations intellectuelles », et surtout pp. 127 et s.; Ribot, *L'évolution des idées générales*, Alcan, 1899; Dugas, *Le psittacisme psychologique et la pensée symbolique*, Alcan, 1896. On trouvera une bibliographie sur cette question dans la *Psychologie* de Dumas, *op. cit.*, t. II, pp. 222 et s.

1. Malapert, *op. cit.*, t. I, pp. 276 et s.

2. Dumas, *op. cit.*, t. II, pp. 128 et s. : « Le psychologisme fait dépendre la connaissance et la vérité de la constitution de l'être pensant prise comme un fait. Le logicisme croit au contraire à l'absolu de la vérité ».

3. Dumas, *Traité de psychologie*, t. I, pp. 140 et s.; Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, Alcan, 1912; Durkheim et Mauss, *De quelques formes primitives de classification*, *Année sociologique*, t. VI; Levy-Bruhl, *La mentalité primitive*, Paris, Alcan, 1922; Brunschwig, *Les étapes de la pensée mathématique*, Paris, Alcan, 1912.

peut pas former une image de la couleur. On peut en former d'une couleur quelconque mais jamais de la couleur en général. Aussi en ce qui concerne la lumière, la chaleur. De sorte que les termes couleur ou encore les mots : bleu, rouge, etc, ne sont pas le bleu ou le rouge en général, mais telle ou telle nuance du bleu ou du rouge dont nous avons l'image. Donc, nous pouvons dire que les termes : couleur, bleu, rouge, en général, ne sont pas à proprement parler des termes concrets. Pourquoi les appelle-t-on concrets ? Cela dépend de ce fait, d'intérêt psychologique, que nous pouvons facilement associer à ces mots une image concrète. Cette image ne se confond pas avec l'idée de la couleur mais elle peut facilement lui être associée et grâce à cela, donner un ton plus concret au mot couleur.

Mais si le concret est dans le sens strict du mot, celui dont nous pouvons avoir une image, nous arriverons à dire que le nombre trois est concret, car il est facile de se représenter trois personnes ou trois points, une trinité quelconque, et, par conséquent, d'associer au mot trois une image. Et pourtant, nous ne disons pas que le nombre trois est concret. Si le mot mille est abstrait parce qu'il est difficile d'associer mille points, il est cependant de même qualité que le nombre trois; le premier est plus petit, l'autre plus grand, mais à la rigueur, ils ont tous les deux la même teneur abstraite. Par conséquent, nous ne pouvons définir le concret selon la facilité plus ou moins grande de lui associer une image. Il faut appeler concret ce dont nous nous formons une image : la salle de conférences, par exemple.

La logique a préféré l'expression : « termes singuliers » que l'on définit : ceux qui sont toujours les sujets de la proposition,

en opposition avec les termes abstraits qui, en principe, sont des attributs de la proposition, sauf quelques cas exceptionnels. La question se complique encore si nous voulons établir la différence nette entre les termes « concept » et « abstraction », au point de vue philosophique, et ces mêmes termes au point de vue juridique.

Nous avons à propos de la personnalité morale des expressions qui sont difficilement précisées et distinguées. On parle de la personnalité morale « réalité naturelle », et, d'autre part, de la personnalité morale « réalité juridique ». Aussi de personnalité morale « notion technique » en opposition à la « notion scientifique ». Faire la distinction précise de ces notions, faire aussi celle entre la notion technique et la fiction, ce sont là des questions qui ne sont point faciles à résoudre. Comme exemple de la complexité de ces formules, nous citons un passage de M. Geny¹ : « Je voudrais montrer que les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services ». Et plus bas, parlant du rapport de droit, chose qui est valable aussi pour la personnalité morale, puisque ce sont des concepts de même nature : « Nous avons bien, ici, une représentation de l'esprit, résultat d'un effort d'abstraction ; ou si l'on veut même un concept, mais tellement nécessaire pour traduire les réalités, qu'il se confond presque avec elles, et ne peut passer pour un élément artificiel, pour un pur concept de la technique ».

Nous ajoutons, ici, un autre passage¹ : « Quand nous parlons

1. GénY, *Science et technique en Droit privé positif*, t. III, pp. 218 et s.

2. GénY, *op. cit.*, p. 198.

des concepts au moyen desquels s'édifient les constructions juridiques, nous les opposons aux réalités susceptibles d'une élaboration plus objective. Mais on a pu discuter sur la portée exacte des « réalités juridiques ». Comment les devons-nous entendre ? J'estime, pour ma part, qu'avant tout, nous envisageons des « réalités sociales » consistant en intérêts ou besoins, qui proviennent des émotions, sentiments ou tendances (désirs, inclinations, passions), des croyances ou des volitions, des instincts ou des habitudes, suscités chez les hommes, par les faits ou les circonstances de la vie en société et qui doivent être combinés ou équilibrés en vue de leur satisfaction adéquate. Ces « réalités sociales » se transforment en « réalités juridiques » dès l'instant qu'elles donnent lieu à des règles de conduite extérieure, présentant le caractère de règles de droit. Pareille affirmation implique l'intervention d'un élément conceptuel minimum, sans lequel la règle de droit, oeuvre de l'esprit et destinée à l'esprit, ne peut être créée, ni transmise. Tant que l'idée n'est employée que comme l'intermédiaire indispensable à la traduction du précepte, elle fait partie de la réalité juridique, elle-même, et il n'est pas à parler de pure construction de l'esprit. Celle-ci n'apparaît que si le concept se dégage du réel, s'il est traité pour lui-même, comme entité logique, décidément isolée de la vie. Alors seulement surgit, dans toute sa netteté, cet élément nouveau de technique dont nous devons chercher ici à estimer la valeur ».

Il est ici bien clair que la théorie de personnalité morale « abstraction » ne correspond pas non plus à la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté et de la théorie dynamique de la volonté en général, qui exige une volonté réelle dont la force causerait les effets de droits.

Dans tous ces débats philosophiques, quelle doit être l'attitude du juriste ? De peser les arguments pour et contre de chacune des théories philosophiques auxquelles se rattache chaque théorie de personnalité, d'opter pour l'une ou pour l'autre ? C'est une solution. Mais d'abord ce travail suppose une formation philosophique très grande qu'un juriste peut, légitimement, ne pas avoir. Supposons qu'il s'agit de juristes qui sont en même temps des philosophes avertis, et qui peuvent, en connaissance de cause, se rallier à une théorie parmi celles qui se partagent cette question de « concept ». D'autres juristes philosophes auraient aussi le droit de faire leur choix. Si parmi ces derniers il y avait des disciples de théories opposées à celles choisies par les premiers, quelle serait la situation ?

Car, sur les questions philosophiques et plus particulièrement métaphysiques, la tribune est libre ; il n'existe pas de théorie officielle ou quasi officielle, chaque opinion est respectée puisqu'aucune ne peut donner des titres absolument valables. Quelle serait alors la place des autres juristes, dont les aptitudes philosophiques ne sont pas aussi développées (chose légitime) pour pouvoir choisir en connaissance de cause parmi les divers systèmes proposés ? Choix de hasard ou déterminé par le caractère et l'éducation du juriste ? Quelle serait enfin l'attitude des magistrats ? Il n'est pas difficile de comprendre qu'au point de vue pragmatique, c'est-à-dire au point de vue commodité, il serait préférable d'éviter toute technique qui nous oblige à entrer dans des controverses philosophiques aussi graves. Et dans cette partie de notre travail, il s'agit précisément de l'examen, au point de vue pragmatique, de la théorie classique.

Nous avons vu que, pour expliquer certains effets de l'acte

juridique, on a inventé la notion de la personnalité morale qui a provoqué les questions très difficiles, voire même insolubles, que nous avons sommairement exposées ici. Il y aurait lieu de souhaiter la suppression de cette notion de personnalité morale. Et nous prétendons l'éviter en supprimant la cause qui est la théorie dynamique de la volonté dans les actes juridiques.

Section IV

LA THEORIE DYNAMIQUE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LA QUESTION DE L'INTERPRETATION DES ACTES JURIDIQUES.

Nous avons eu l'occasion, à deux reprises¹, d'examiner la question de l'interprétation des actes juridiques. Nous y revenons encore ici pour expliquer les conséquences auxquelles la théorie classique nous conduit, à ce point de vue.

Peu nous importe de savoir si, au point de vue du droit positif, les mêmes règles d'interprétation doivent s'appliquer aux actes juridiques du Droit privé et aux actes juridiques du Droit public². Nous avons pris l'acte juridique dans un sens très large jusqu'à comprendre la loi même dans cette notion.

D'ailleurs, ici, nous sommes dans le domaine du Droit privé et plus particulièrement du Droit civil français, puisqu'il s'a-

1. V. plus haut.

2. V. sur cette question Gény, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2^e édit., 1919, t. I, pp. 264 et s., qui est pour l'assimilation des règles d'interprétation dans ces deux domaines. Contre : Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. II, n^o 412.

git surtout de la doctrine de l'autonomie de la volonté individuelle, et nous visons les actes juridiques du Droit privé.

Nous n'entrons pas, non plus, dans les détails des diverses théories proposées au sujet de l'interprétation des conventions, telle la théorie de la volonté et celle de la déclaration¹, car nous croyons que ces théories ont assez mal présenté la question. Elles ne se sont pas placées strictement au point de vue de la véritable théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, telle que nous l'avons précisée dans ce travail.

Nous voulons simplement voir si la législation positive sur l'interprétation des conventions (art. 1156-1164, C. civ.) les théories de sciences juridiques et les solutions données par la jurisprudence confirment la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

§ 1. — Comment la question de l'interprétation doit être posée d'après la doctrine dynamique de l'autonomie de la volonté.

D'après cette dernière, la volonté est la cause originaire, la cause première des effets de droit. La volonté dans un acte juridique est une force qui produit des effets de droit, exactement comme la force dans le monde physique produit ses effets. Or, plus particulièrement dans les conventions, pour connaître l'étendue des effets de droit, nous n'avons qu'à savoir la force dépensée et la direction de cette force, c'est-à-dire le fait causal, la volonté et son mouvement.

Mais comment connaître cela ? Evidemment la question est difficile, étant donné surtout que cette doctrine n'a pas exac-

1. V. plus haut.

tement précisé la nature de cette volonté qui cause les effets de droit; elle laisse dans l'obscurité cette notion de la volonté.

On discute afin de savoir si, pour l'interprétation des conventions, il faut chercher la volonté interne (théorie de la volonté) ou la déclaration de volonté (théorie de la déclaration). Indépendamment des conséquences et de la valeur pratiques de chacune de ces théories, si nous nous plaçons au point de vue de la *connaissance*, quelle est la solution à adopter ?

Nous croyons la question mal posée quant à la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

La volonté étant la cause de l'effet de droit, pour connaître l'effet il faut chercher la cause. Pour connaître cette cause qui est la volonté, il reste à préciser si, par volonté, nous entendons un fait interne, une sorte d'intention ou tout le processus depuis l'intention jusqu'à l'exécution.

Quand je fais un mouvement corporel (de ceux qu'on appelle couramment mouvements volontaires), je remue mon bras, par exemple, ce mouvement est volontaire. Mais la volonté s'arrête-t-elle au moment où elle déclanche le mouvement corporel ou ce dernier constitue-t-il un élément indispensable de la volonté ?

Dans le premier cas, pour interpréter la volonté, on ne saurait se borner au mouvement matériel comme preuve certaine; il faut faire une sorte de psychanalyse, une sorte de psychognossie, pour savoir si vraiment, derrière ce mouvement de bras, il y a la volonté de remuer le bras.

Si le mouvement du bras constitue un élément essentiel de la volonté, alors nous connaissons déjà un élément de la volonté, mais nous ignorons encore la volonté tout entière.

Dans l'acte juridique, un contrat de vente, par exemple, il ne s'agit pas seulement d'une déclaration, d'un mouvement dit volontaire, mais il y a autre chose : Quand *A* dit qu'il vend sa maison à *B*, il ne suffit pas, pour interpréter sa volonté de vendeur, d'examiner chacun de ses mouvements, tels ceux de sa bouche, de sa langue, pour voir si chaque mouvement est volontaire, si les paroles prononcées le sont volontairement ou automatiquement, d'une façon reflexe. Il ne s'agit pas, non plus de savoir, dans le cas où *A* a déclaré par écrit sa volonté de vendeur, si chaque mouvement de sa main, en écrivant, est volontaire et si, à chaque mouvement correspond une volonté. Il n'est pas question d'une déclaration volontaire, d'une manifestation volontaire, d'une déclaration *de* volonté; mais plutôt d'une déclaration de l'existence *de la* volonté. Le vendeur manifeste, non pas *une* volonté, mais il déclare qu'il a *telle* ou *telle* volonté, celle de vendre sa chose.

Si je remue mon bras d'une certaine façon, on peut, à la rigueur, affirmer que ce mouvement est volontaire, que derrière ce mouvement une volonté existe, puisque sans la volonté ce mouvement est impossible à effectuer, à accomplir. Mais si je dis : J'ai une volonté, ce qui peut être prouvé, comme volontaire, ce sont mes paroles dénonciatrices de l'existence de telle volonté; mais l'existence de cette volonté, comment l'affirmer d'une façon certaine?

Si l'existence de la volonté du contractant ne peut être connue qu'indirectement, par la déclaration du contractant (déclaration d'existence de telle ou telle volonté), dans ce cas, les effets de droit ne peuvent pas non plus être connus d'une façon directe, puisqu'ils ne sont que l'étendue de la force de la volonté et que cette dernière ne pourrait être révélée que grâ-

ce aux renseignements donnés par celui qui en est le titulaire. On se rend bien compte de la difficulté à laquelle une pareille doctrine se heurte.

Il y a, ici, deux volontés : une qui ne se manifeste pas directement, mais sur laquelle nous sommes renseignés par une autre volonté, ou plutôt par une multitude d'actes volontaires tendant à expliquer qu'il existe chez le même individu cette volonté interne qui, d'après la théorie dynamique, serait la seule à produire des effets de droit.

La seule interprétation intéressante à faire ici serait celle de la volonté interne, cause des effets de droit, et cette interprétation ne devrait consister qu'en la connaissance de cette volonté. Or, étant donné que la connaissance directe est impossible, vu que cette volonté ne se révèle qu'indirectement, par la somme d'actes volontaires qui nous renseignent sur elle, l'interprétation se dirige vers ces actes volontaires révélateurs. Derrière chacun de ces actes existe une volonté qui le cause. Cette volonté se manifeste par l'acte lui-même. L'acte ne nous renseigne pas sur l'existence de la volonté qui le cause mais nous jugeons nous-mêmes en observant cet acte, qu'une volonté s'est trouvée derrière lui, car, de par sa nature, il ne peut être réalisé d'une manière instinctive ou réflexe. La volonté, ici, se manifeste directement par l'acte qu'elle cause. On comprend bien la différence de cette dernière volonté avec la précédente.

L'interprétation des volontés ainsi manifestées par les actes qu'elles causent consisterait à savoir si, derrière chaque acte, se trouve une volonté correspondante, ou si cet acte a été automatique, réflexe ou instinctif.

Mais même si on arrive à prouver que chacun des actes, sé-

parément, a été volontaire, il faut prouver encore leur signification d'ensemble. Supposons qu'il n'y a point de doute, que, de cette signification, il ressort qu'une autre volonté interne, la volonté de produire des effets de droit, existe. Il se poserait alors la question de savoir si ces renseignements, ainsi fournis, sont vrais ou faux, et cela est impossible à contrôler. Par conséquent, il est impossible de dire d'une façon certaine que la volonté qu'un individu prétend avoir est vraie, et que les effets de droits que cette volonté créerait le seraient réellement.

§ 2. — La question de l'interprétation des actes juridiques selon le Code civil et la théorie de l'autonomie de la volonté.

Voyons maintenant comment le Code civil envisage l'interprétation des conventions, qui est examinée dans les articles 1156 à 1163. Si ces articles constituaient des dispositions impératives, aucun doute que le Code serait implicitement contre une théorie dynamique de l'autonomie de la volonté. Car, s'il obligeait d'interpréter la volonté de telle ou telle manière, cela équivaldrait à l'abolition de la volonté et la substitution d'une autre volonté, dégagée par les moyens d'interprétation du Code civil, même si ces moyens ne correspondaient pas aux moyens logiques, permettant la découverte de la volonté véritable des contractants.

Mais les articles en question ne sont pas des règles impératives, mais seulement des conseils que le législateur adresse aux tribunaux¹.

3. V. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édition. XII, n^o 552, qui dit « sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont d'accord ».

Néanmoins, si ces règles ne sont pas impératives, elles nous prouvent quand-même que le législateur n'a pas en vue une théorie de la volonté telle que la doctrine, examinée dans toute cette partie de notre travail, la conçoit.

D'abord, le législateur ne pose nullement le problème comme nous l'avons posé plus haut, à savoir : déclaration de volonté ou déclaration de l'existence de la volonté.

« On doit, dit l'article 1156 du Code civil, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». On dit que cet article consacre la doctrine de la volonté et non celle de la déclaration. Nous croyons que cela n'est pas exact. Il faut chercher « la commune intention des parties contractantes », c'est-à-dire il faut chercher la commune volonté interne des parties contractantes. Mais quelle volonté commune ? D'abord le terme volonté commune est inexact, car, dans la convention, il n'y a pas une volonté mais au moins deux volontés pouvant avoir le même objet. De quelle volonté parle l'article ? Des volontés des parties certainement. Mais nous avons vu que chaque partie manifeste dans le contrat deux volontés (l'une indirectement et l'autre directement par ses actes) et dont l'une, d'après la théorie classique, cause les effets de droit. Mais cette volonté se manifeste indirectement, par le moyen d'une autre ou plutôt d'une suite de volontés qui attestent l'existence de la volonté cause des effets

et n'ont jamais varié ». V. aussi Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1869-1882, t. XXV, p. 37; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5^e édit., pp. 558 et 559, n. 1; Req., 16 février 1892, S. 93.1.406; D. P. 92.1.248 « Le législateur, dans l'art. 1156 du Code civil, a inscrit des conseils aux juges, pour l'interprétation des conventions, sans caractère impératif, et n'a imposé aucune règle absolue, dont l'inobservation puisse donner ouverture à cassation ». Comp. Req., 12 mars 1887, S. ch. II, 1-361, col. 3, *in fine*. D. *Répert. alph.*, v^o oblig., p. 850, etc.

de droit. Or, dans l'article 1156, de quelle volonté s'agit-il ? Nous croyons qu'il est question de la deuxième volonté qui nous renseigne sur l'existence de la première, laquelle n'a, par elle-même, aucun effet juridique ; elle est simplement un témoin de l'existence de l'autre.

Quand je dis : Je vous vends mon livre, cela signifie que je déclare avoir la volonté de vous vendre mon livre (et pour cela il faut que je le veuille, car, si je ne le voulais pas, je ne saurais vous le déclarer). La force de volonté qui constituerait le droit de propriété étendu sur cette chose (le livre) se replie pour laisser libre à votre volonté l'objet de la vente. Quand, dans ce contrat de vente, on doit interpréter ma volonté, de quelle volonté s'agit-il ? De ma volonté qui crée l'effet de droit, celle qui se replie et laisse le livre libre ? Non, cette volonté là, on ne la connaît pas directement. Celle qui sera interprétée ici, c'est ma volonté révélatrice de l'existence de telle autre. Il s'agira, en d'autres termes, de ce que j'ai voulu dire quand j'ai déclaré vouloir vendre mon livre. C'est cette volonté déclarante qu'on doit interpréter. Et le Code veut dire, croyons-nous, qu'il ne faut pas regarder ce qui a été déclaré, mais ce qu'on a voulu affirmer, déclarer. Cette volonté déclarante, en elle-même a un effet de droit propre. Tandis que, dans la doctrine classique, cette volonté ne doit être qu'un simple indice de l'existence de la vraie volonté qui, en soi, est cause de l'effet de droit. Et ce qu'il faut trouver c'est cette volonté première dont la force se meut pour créer et supprimer des droits.

L'article 1156 n'est point en rapport avec la question de l'interprétation de l'acte juridique selon la théorie de l'autonomie de la volonté. Cet article ajoute « qu'il ne faut pas s'arrêter au sens littéral des termes ». Il postule évidemment qu'on ne

saurait s'arrêter à l'interprétation grammaticale des actes juridiques. Tout le monde connaît la fameuse question de l'interprétation, ou grammaticale, ou logique.

Les juristes, dit Iehring¹, « traduisent cette distinction par l'antithèse du *mot*, et de la *volonté* ou du *contenu* ».

Il n'est pas difficile de prouver combien cette distinction est artificielle. Car, lorsque l'interprétateur soumet le texte et les mots à une épreuve quelconque, grammaticale ou de syntaxe, il ne fait qu'appliquer la logique. C'est toujours la logique qu'on applique et la recherche de la signification grammaticale des mots, bien que très claire, n'est pas contraire à la logique. Si la volonté des contractants ressort immédiatement du texte du contrat, cela ne signifie point que cette interprétation, dite grammaticale, est indépendante de la logique, mais simplement que l'interprétation logique n'a pas besoin de recourir à d'autres moyens que le texte du contrat pour découvrir le sens exact de ce texte². Mais regardons le chapitre sur l'interprétation des conventions. Article 1157 : Les auteurs nous disent que ces articles ne contiennent qu'un certain nombre de règles d'interprétation inspirées par le « bon sens³ », qui ne sont pas des règles impératives mais seulement des conseils, que les tribunaux pourraient appliquer, même en l'absence de ces dispositions⁴.

Notre but n'est pas de critiquer ici ces dispositions du Code civil, de voir si ces articles sont des conseils raisonnables ou non, pour la bonne interprétation des conven-

1. Ihering, *L'esprit du Droit romain*, trad. franç., t. III, p. 136.

2. Momferratos, *Principes généraux du Droit civil*, fasc. 1, p. 85 et s.

3. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI, n° 373.

4. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de Droit civil*.

tions. On pourra consulter à ce sujet la thèse de M. Dereux¹.

Nous voulons simplement savoir si ces règles mêmes facultatives de l'interprétation prouvent que les rédacteurs du Code civil étaient partisans de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté.

Nous répondons sans hésitation : Non. Car, le seul fait de conseiller des règles d'interprétation des volontés des contractants démontre qu'ils ne sont point pour une doctrine d'autonomie de la volonté telle que nous l'avons précisée ici.

En effet, on ne peut concevoir l'existence d'une volonté autonome qui se manifeste sans aucune règle, qui se donne les motifs à elle-même, telle que la postule la théorie de l'autonomie de la volonté. Sans sortir de cette théorie, il n'y a pour l'interprétation des actes juridiques, qu'un seul moyen de constater la volonté créatrice des effets de droit ; c'est de le constater directement, grâce aux renseignements fournis par le contractant. Et nous n'avons jusqu'à présent aucun moyen d'arriver à cette connaissance de la volonté cause des effets de droit et de ses transformations dans un acte juridique, puisqu'il n'y a point de psychognossie ou plus exactement de « volognossie », s'il nous est permis d'employer ce néologisme. Il n'est pas question d'interprétation dans la doctrine dynamique, mais question de connaissance ; et d'autre part, l'interprétation est difficile car il n'existe point de règle d'interprétation d'une volonté qui se manifeste librement.

1. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, thèse 1905 Paris.

§ 4. — La doctrine et la jurisprudence par rapport au problème de l'interprétation et la théorie de l'autonomie de la volonté.

D'abord, il n'y a pas de doute qu'avec le système désigné sous le nom de système de déclaration¹, nous sommes loin de la théorie dynamique de l'autonomie de la volonté. Mais, même avec le système dit de la volonté², nous prétendons que nous ne sommes pas dans l'esprit de la théorie dynamique. Pour cela, nous renvoyons le lecteur à notre paragraphe relatif à l'article 1156 du Code civil, article qui, d'après les auteurs, ne fait que consacrer cette doctrine de la volonté³.

La Jurisprudence. Nous ne voulons pas ici, procéder à un dépouillement de la jurisprudence pour voir dans combien de cas, sur la question de l'interprétation des actes juridiques, on a accepté la doctrine de la déclaration ou la doctrine de la volonté. Cela n'offre aucun intérêt pour notre étude. Il paraît que la jurisprudence française, après hésitations, est arrivée finalement à la conception de la volonté. Nous faisons d'abord concernant la jurisprudence, en tant qu'elle accepte la théorie de la volonté, le même raisonnement que celui relatif à l'art. 1156 où nous avons prouvé que la doctrine de l'autonomie de la volonté n'est point en cause.

Quant aux décisions de la jurisprudence en faveur de la doctrine de la déclaration, il va de soi qu'elles sont à l'encontre de la théorie classique. Mais à propos de la jurisprudence, nous avons encore quelque chose à ajouter : d'abord, il y a des cas

1. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. VII; Bonnecase, *Supplément au Traité de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. II, n° 398 et s.

2. V. plus haut.

3. Bonnecase, *Supplément, op. cit.*, t. II, n° 412.

où le juge peut, dans un acte juridique, régler un point litigieux qui n'a pas été envisagé par les parties. Alors le juge supplée à la volonté des parties bien qu'il affirme s'inspirer de l'intention des parties.

Comment pourrait-il prétendre s'inspirer des intentions des parties, lorsqu'une des parties proteste contre une pareille décision qui est contre ses intérêts¹ ?

« Cette tâche de suppléer à la volonté des parties, disent : Planiol-Ripert, s'impose au juge. De même qu'il est tenu de statuer dans le silence de la loi, il doit trancher dans le silence de la convention, loi des parties ».

Comment peut-on concilier cela avec la doctrine dynamique de l'autonomie de la volonté ?

D'autre part, il y a des cas où la jurisprudence, à propos de certains contrats, ne peut pas suivre les règles d'interprétation imposées par le système de la volonté. C'est le cas de convention type, d'un contrat d'adhésion, les contrats commerciaux, etc²... Comment concilier ces exceptions avec la théorie de l'autonomie ?

1. Planiol-Ripert, *Traité pratique*, t. VI, n° 374 et s.; Dereux, thèse, *op. cit.*, pp. 103 et s., 152 et s., 420 et s.; Req., 29 février 1893, S. 94.1.310; Req., 6 mars 1895, S. 87.1.123; Req., 6 décembre 1898, S. 1901.1.359; Req., 13 mars 1905, S. 1905.1.392.

2. Bonnecase, *Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire*, n° 110 et s., 121 et s., 126 et s.

CHAPITRE III

LA CONCEPTION CLASSIQUE DU RÔLE DE LA VOLONTÉ ET LES ACTES JURIDIQUES DE DROIT PUBLIC.

Après avoir constaté toutes les difficultés que la conception classique du rôle de la volonté dans l'acte juridique entraîne en droit privé, nous allons voir qu'elle entraîne des difficultés aussi grandes en droit public.

En effet, l'idée que la volonté est créatrice de l'effet de droit dans l'acte juridique entraîne cette conception de l'Etat d'après laquelle l'Etat serait une personne et même une personne souveraine. Personnalité et souveraineté de l'Etat sont les conséquences forcées du rôle créateur attribué à la volonté dans tout acte juridique.

Or, cette conception de l'Etat soulève de grosses difficultés et de fortes objections. Après la puissante critique qu'en a fait Duguit, des doutes sur sa valeur sont plus que permis.

Section I

**LA PERSONNALITE ET LA SOUVERAINETE
DE L'ETAT, CONSEQUENCES NECESSAIRES DE LA
CONCEPTION CLASSIQUE DU ROLE DE LA VOLONTE.**

Nous allons démontrer que c'est la doctrine dynamique même de la volonté individuelle, telle qu'elle a été exposée qui entraîne la conception de l'Etat personne morale titulaire de souveraineté.

§. I. La personnalité de l'Etat.

Nous avons vu que la conception dynamique de la volonté individuelle se compose de deux conceptions : l'autonomie de la volonté et la *Willenstheorie* allemande, qui sont d'accord toutes les deux, sur la question du rôle de la volonté dans l'acte juridique; car, toutes deux soutiennent que, dans l'acte juridique, c'est la volonté individuelle qui est la cause des effets de droit apparaissant à la suite d'un acte juridique. Mais ces deux conceptions se distinguent en ce sens que pour l'une appelée théorie dynamique de l'autonomie de la volonté, la volonté possède, d'une façon originaire, ce pouvoir créateur des effets de droits, pour l'autre, au contraire, ce pouvoir créateur lui est octroyé par la volonté de l'Etat.

Mais malgré ces différences et à cause de leur fond commun, ces deux théories obligent également à personnifier l'Etat. Cette personnification est en effet nécessaire pour concevoir logiquement l'existence d'une activité juridique publique

Nous avons pris le terme « acte juridique » dans un très

arge sens¹ qui englobe, en dehors des actes juridiques du Droit privé, (désignés habituellement par les mots conventions et contrats), une autre catégorie d'actes juridiques de nature différente. Ces actes sont :

- 1° La loi ou acte législatif²;
- 2° Les actes juridiques³ administratifs⁴;
- 3° Les actes juridictionnels;
- 4° Les actes juridiques du Droit international public⁵.

Or, d'après la théorie classique, pour l'apparition d'un effet de droit, une volonté pour le créer est indispensable, puisque l'effet de droit n'est qu'une modification du droit subjectif, c'est-à-dire une modification de la sphère constituée par le pouvoir de volonté. Il faut donc trouver aussi, pour tous les actes juridiques publics énumérés ci-dessus, une volonté qui est la cause des effets de droits apparaissant à la suite de chacun de ces actes juridiques.

Alors la question se pose de savoir si on peut situer la cause

1. V. plus haut, p. 29.

2. A propos de la loi, nous ne voulons pas ici toucher le problème de la légitimité de la distinction au point de vue formel et au point de vue matériel. V. sur cette question surtout le récent livre de M. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, qui combat cette distinction comme allant à l'encontre de l'esprit des lois constitutionnelles de 1875, plus spécialement, pp. 52 et s.

3. Car il existe des actes administratifs à la suite desquels aucun effet juridique n'apparaît; ce sont de simples opérations d'ordre matériel; v. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 289 et s., 356.

4. Ici encore on fait la distinction, on le sait, en parlant de l'acte administratif, entre le point de vue formel et le point de vue matériel. V. Duguit, *op. cit.*, p. 284 et s. M. Carré de Malberg nie encore, pour les actes administratifs, cette distinction, en se plaçant toujours au point de vue de la constitution de 1875. V. chap. II de son livre, *op. cit.* Encore une fois, il ne nous appartient pas ici d'entrer dans cette distinction.

5. Nous ne voulons point dire avec cela que les seuls actes juridiques du Droit international sont les traités. V. l'article de M. Réglade : « Perspective qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit international public » (*Revue générale de Droit international public*, pp. 380 et s.). Mais nous prenons le traité comme type d'acte juridique du Droit international public et surtout comme étant le seul acte juridique convenable pour la théorie classique.

des effets juridiques de ces actes dans les *volontés individuelles* qui se manifestent pour chacun d'eux. En d'autres termes, les volontés individuelles qui se manifestent dans chaque acte juridique y jouent elles un rôle créateur du droit ?

Dans la loi, par exemple, est-ce que ce sont les volontés des députés et sénateurs ayant voté la loi qui produisent les effets de droit apparaissant à la suite d'une loi ?

Dans un acte juridique administratif, dans un décret, est-ce la volonté du Président de la République qui est la cause des effets de droit apparaissant à la suite de ce décret ?

On pourrait multiplier les exemples et poser la même question pour toutes les catégories d'actes juridiques énumérées plus haut. Pour tous les cas, la réponse est la suivante : La où les volontés individuelles qui se manifestent dans chacun de ces actes ne sont et ne sauraient être, d'après la théorie classique, la cause véritable des effets de droit qui apparaissent. Ces volontés individuelles ne peuvent avoir, par elles-mêmes, une force créatrice dans un domaine en dehors de la sphère constituée par leurs droits individuels.

Il faut cependant une volonté, sans laquelle les effets de droit sont inconcevables. Et la doctrine classique a trouvé cette volonté : C'est, dit-elle, une volonté appartenant à une personne morale, et c'est la force de volonté de cette personne morale qui constitue un droit spécial existant à côté des droits dont les volontés des autres personnes physiques ou morales sont titulaires ». Cette personne morale que la doctrine classique a inventée (et elle y a été obligée), est titulaire d'un droit propre que nous préciserons dans la suite de notre étude.

Voyons d'abord quelle est la personne morale douée

d'une volonté propre. Ici, il faut nettement séparer la doctrine classique française et la doctrine classique allemande.

D'après la doctrine allemande, cette personne morale est l'Etat pris en tant qu'institution¹. Dans la doctrine française², c'est la Nation personnifiée et identifiée avec l'Etat. Nous préciserons plus loin, cette distinction des deux doctrines. Il suffit de remarquer pour le moment qu'elles sont d'accord pour attribuer les effets de droit apparaissant dans les actes juridiques publics, non aux volontés individuelles qui s'y manifestent, mais à la volonté d'une personne morale. Mais, nous dira-t-on, dans la partie consacrée aux actes juridiques du Droit privé, nous avons déjà rencontré la notion de la personnalité morale, sans nous accuser d'être sorti des limites du Droit privé. C'est exact.

§ 2. La souveraineté de l'Etat.

Mais la conception dynamique de la volonté n'entraîne pas seulement la personnalité de l'Etat. Elle oblige à attribuer à la personne Etat, une certaine qualité qui est la souveraineté.

Nous avons déjà vu, qu'étant donnée l'égalité des pouvoirs des volontés des personnes individuelles ou morales, les seuls actes juridiques possibles sont les actes bilatéraux où il y a accord de volontés³.

Il est vrai que parmi les actes juridiques publics on trouve des actes bilatéraux qui s'effectuent par un accord de volontés volonté de la personne morale (que l'on appelle Etat ou Nation :

1. V. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 612 et s. et p. 616.

2. Duguit, *op. cit.*, pp. 603 et s. et 606-608.

3. V. plus haut, pp. 75 et s.

et volontés des autres personnes physiques ou morales qui prennent part à ces actes juridiques.

Il s'agit ici des actes désignés, d'après MM. Laférière¹ et Berthélemy², sous le nom d'« actes de gestion »³.

En effet, pour ces actes-là, la notion de personnalité morale du droit privé telle que nous l'avons rencontrée plus haut⁴, suffirait à les expliquer; nous nous bornerions alors à renvoyer aux critiques exposées à propos de la personnalité morale en général⁵.

Mais, à coté de ces actes de gestion, on trouve très souvent parmi les actes juridiques de droit public des actes unilatéraux. Les effets de droit apparaissent à la suite sans qu'il y ait accord de volontés, et par la seule manifestation de volonté de la personne morale Etat. Ce sont les actes appelés, en opposition aux « actes de gestion », « *actes d'autorité* ».

Pour ces actes, une personne morale douée d'une volonté de force égale à celles des volontés des citoyens ne suffirait pas. Car, vu l'autonomie de la volonté pour qu'une personne puisse agir par voie unilatérale, il faut qu'elle soit douée d'une volonté de force supérieure à celles des autres personnes physiques ou morales. Il faut donc, il est même indispensable, avec la conception classique du rôle de la volonté, sous peine de laisser sans explication tout un monde d'actes juridiques, trouver une personne morale possédant une volonté de force supérieure.

1. Laférière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e édit., Paris, 1896, p. 6.

2. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, Paris, 1926. 11^e éd.

3. V. aussi exposé et critique de cette notion d'actes de gestion chez Duguitt, t. II, *op. cit.*, § 26, pp. 344 et s.

4. V. plus haut, p. 230 et s.

5. V. plus haut, p. 230 et s.

C'est pour arriver précisément à ce résultat, que la personne Etat a été dotée de cette qualité spéciale qui est la souveraineté, c'est-à-dire qu'on a conçu cette personne comme possédant une volonté d'une nature supérieure à toutes les autres volontés individuelles ou collectives. Donc, une personne morale, douée d'une volonté ayant une force supérieure à celle des autres volontés, en d'autres termes, une personne morale douée d'une volonté disposant de souveraineté, voilà la notion à laquelle aboutit la théorie classique, tant allemande que française en ce qui concerne la personne Etat.

Par cette volonté souveraine dans la doctrine française comme dans la doctrine allemande, on explique les effets de droit apparaissant à la suite d'un acte juridique public unilatéral¹

Section II

Le problème de la personnalité de l'Etat.

Cette personnification de l'Etat qui entraîne la conception du rôle dynamique de la volonté est pour la théorie de l'Etat une source de difficultés et de complications.

D'abord, la question se pose de savoir quel va être le substratum et la structure de la personne Etat. On ne peut pas en effet, se borner à affirmer la personnalité morale de l'Etat sans dire comment elle est instituée. Or, à cet égard, les discussions n'ont pas manqué et des opinions diverses ont été soutenues. Actuellement, deux grandes conceptions s'opposent :

1. Excepté, bien entendu, du cas des actes dits de gestion où il faut une volonté non souveraine de la personne morale Etat ou Nation.

la conception française et la conception allemande. Elles sont toutes deux criticables.

Mais, à côté de cette première question, il y en a une autre qui n'est pas moins difficile à résoudre. C'est celle des rapports qui existent entre la personne Etat et ses organes, au point de vue de l'exercice de la volonté étatique. Ici encore il existe deux points de vue différents dans la doctrine française et la doctrine allemande.

§ I. La structure de la personne-Etat.

On va exposer les deux conceptions très différentes qui entrent dans la doctrine française d'une part, et dans la doctrine allemande d'autre part, au sujet des éléments constitutifs de la personne-Etat.

On va voir qu'aucune d'elle n'est satisfaisante.

A) *La doctrine française.* — Dans la doctrine française¹, cette personne morale a pour substratum l'ensemble des individus formant la collectivité nationale. Cette collectivité constitue une personne morale ayant un moi commun, une conscience et une volonté collective propre, distincte des consciences et volontés individuelles; en d'autres termes, la collectivité est elle-même organisée en personne morale. C'est cette nation personne morale qui constitue l'Etat. L'Etat en tant que personne est donc identifié avec la personne que forme la na-

1. Lire en dehors des livres de droit constitutionnel (de Duguit, Berthélemy, Hauriou, etc.) Boutmy, A propos de la souveraineté du peuple (dans la *Revue des sciences politiques*, 1904); d'Eichthal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Paris, 1896, pp. 15 et s.; Duguit, *Souveraineté et liberté*, 1922; Lambert, *Le nouveau contrat social ou organisation de la démocratie individualiste*, 1920; Hauriou, *La souveraineté nationale*, 1913; Duguit, *Le dogme de la volonté nationale*, etc... (*Revue de Droit public*, 1927, p. 165 et s.).

tion¹. On a aussi une conception purement corporative de la personne Etat. Cette personne morale qu'est l'Etat est formée par cette autre personne constituée sur la réunion des citoyens². Cette doctrine qui, d'après la presque unanimité des auteurs, a son origine dans les doctrines contractualistes, et plus particulièrement dans la doctrine du *Contrat social* de J.-J. Rousseau³, semble être consacrée explicitement, par les Déclarations des Droits de l'époque révolutionnaire⁴, par les constitutions du 3 septembre 1791⁵, 24 juin 1793⁶, 5 fructidor an III⁷, du 4

1. La plupart des auteurs français emploient les deux mots : *nation* et *peuple* comme synonymes. V. Saripolos, *Droit constitutionnel grec*, en 3 vol., 3^e édit., Athènes, 1918 (en grec), pp. 140, 140 n. 5; Aggelopoulos, *De la notion de peuple et de nation dans la législation grecque et dans l'histoire*, Athènes, 1899 (en grec), p. 2.

2. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 603 et s., aussi, t. II, § 10; Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, Paris, 1926, pp. 51, 58, 59 et s., 76; Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., pp. 280 et s.; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel*, 7^e éd. revue par Nèzard, Paris, 1921, p. 1 et s.; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, 1920-1922, t. I, pp. 2 et s., 9 et 13; t. II, p. 167; du même, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Rec. Sirey, 1931, pp. 5-6, 16 et s.; Saripolos, *Système de Droit constitutionnel et de Droit public général*, Athènes, 1903 (en grec), pp. 10 et s.; du même, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, thèse, Paris, 1899, t. I, pp. 251 et s.; Svolos, *La nouvelle constitution et les bases du régime politique*, Athènes, 1928 (en grec), pp. 83 et s.

3. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 603 et s.; Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, Paris, 1926, p. 62; Hauriou *Précis de Droit constitutionnel*, op. cit., p. 280; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel*, pp. 284 et s., titre II de la première partie; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, pp. 51 et s.; *La loi expression de la volonté générale*, pp. 5 et s. Nous verrons plus loin si l'assimilation de la volonté générale comme volonté collective de la nation et la volonté générale telle que Rousseau la conçoit est légitime.

4. Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, art. 3 : « Le principe de souveraineté réside essentiellement dans la Nation, etc. ». Comp. aussi, l'art. 6. Projet de Déclaration des droits naturels, civils et politiques, 15-16-2 1793, l'an II, art. 3. Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 24-6 1793, art. 4 et surtout art. 25 : « la souveraineté réside dans le peuple; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable ». Déclaration des Droits et des Devoirs de l'homme et du citoyen du 5 fructidor an III, 22-8 1795, art. 6 et surtout art. 17 : « La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens ».

5. Titre III, art. 1 : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation, etc. ».

6. Art. 7 de l'acte constitutionnel : « Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ».

7. Art. 2 : « L'universalité des citoyens français est le souverain ».

novembre 1848¹, et d'une façon implicite par les lois constitutionnelles de 1875².

Alors la grosse objection qu'on peut faire contre cette conception française de l'Etat est la suivante : elle crée dans l'Etat un dualisme logiquement inconcevable. Car après avoir personnifié la nation, elle personnifie l'Etat au moyen de la personne nation en fusionnant ces deux personnalités. Mais il n'en reste pas moins que ces deux personnalités subsistent, parce que si la personnalité de la nation disparaît, la personnalité de l'Etat s'effondre. Il faut donc admettre l'existence et la fusion des deux personnalités en une seule : ils sont un en deux !

B) *La doctrine allemande.* — Pour la doctrine allemande, au contraire, le « peuple » ou la « nation » (ces deux termes étant pris comme synonymes) ne constituent pas seuls la personne morale Etat.

La doctrine pose³ l'Etat personne comme tel, comme une unité organisée⁴, indivisible, un tout, un et indivisible⁵, une personne en soi⁶, existant en soi et pour soi⁷, une personne

1. Art. 1^{er} : « La souveraineté réside dans l'universalité des citoyens français, etc. ».

2. Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, Paris, 1926, p. 59 : « En dépit du silence des lois constitutionnelles de 1875, le principe démocratique, sous forme du principe de la souveraineté nationale, doit être considéré comme maintenu à la base de notre organisation constitutionnelle actuelle ». Et surtout Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, pp. 24 et s. et 51 et s. : « Il apparaît clairement que la constitution de 1875 a consacré, à la base de sa conception du pouvoir législatif, l'assimilation établie par les fondateurs du Droit public français entre la volonté législative du Parlement et la volonté générale de la Nation. Si les textes de 1875 n'ont pas énoncé expressément le principe que la loi est l'expression de la volonté générale, ils ont adopté intégralement les conséquences qu'avait tirées de ce principe la Révolution : c'est comme s'ils avaient adopté et reproduit dans sa teneur, de 1789, le principe lui-même ».

3. Duguit, *op. cit.*, pp. 612 et 618.

4. Laband, *op. cit.*, t. I, p. 101.

5. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 612.

6. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 11.

7. Selon la formule de Hegel, cit. par Duguit, *Traité de Droit constitutionnel* t. I, p. 612.

qui est par ce qu'elle est ¹, et qui a une volonté unique² dont la force constitue la souveraineté³. Bien que l'Etat soit un tout, un et indivisible, il a cependant une structure complexe; il se compose de trois éléments, qui, ensemble, contribuent d'une façon inséparable à la formation de sa personnalité.

Ce sont :

- un peuple (ou la nation) sédentaire;
- un territoire donné;
- une puissance publique originaire.

C'est ce que Jellinek a voulu exprimer en disant :

« Comme concept juridique, l'Etat est donc la corporation d'une nation sédentaire, dotée originairement de la puissance dominatrice (*Herrschenmacht*) ou bien, pour nous servir d'un terme très usité depuis quelque temps, la corporation territoriale dotée, originairement, de la puissance dominatrice »⁴.

Donc, d'après cette définition, nous avons comme éléments de l'Etat :

- 1° Corporation d'un peuple sédentaire;
- 2° Corporation *territoriale* (donc un territoire);
- 3° Puissance dominatrice (ou autrement dit, puissance publique originaire, souveraineté).

L'ensemble de ces trois éléments constitue l'Etat personne une et indivisible.

On se demande si la doctrine allemande n'est pas, au fond,

1. Duguit, *op. cit.*, p. 615.

2. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, p. 192; Saripolos, *De l'Etat*, Athènes, 1921 (en grec), p. 16.

3. Etant toujours entendu que nous prenons le terme souveraineté comme synonyme de puissance publique.

4. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. I, p. 296. Sur l'expression « corporation » ou « communauté territoriale », *Gebietskörperschaft*, voir aussi Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-1922, t. I, p. 4, note 4; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 1924, Paris, 2^e édit., Saripolos, *De l'Etat* (en grec), *op. cit.*, p. 8.

identique à la doctrine française. Car, dire avec la doctrine française : peuple organisé en personne morale, c'est dire, à coup sûr, peuple sédentaire, et dire peuple sédentaire, c'est impliquer en même temps « collectivité organique » ou « corporation » (le peuple sédentaire ne peut exister sans être organisé¹).

D'autre part, nous croyons superflu d'ajouter « territorial » après « corporation d'un peuple sédentaire », car il est clair qu'un peuple sédentaire suppose, par définition, un territoire.

Il semble donc, de prime abord, que la personnalité de l'Etat, selon la doctrine allemande, n'est, au fond, que la personnification de la Nation, ou du peuple, de la doctrine française. En effet, le peuple est l'élément de la personne morale, dans les deux cas; les autres éléments, territoire et puissance originaires, sont impliqués comme allant par eux-mêmes, aussi bien dans la doctrine allemande que française, étant donné que, pas de peuple organisé en personne morale, sans territoire, et que la puissance publique est un élément de la doctrine française; c'est pour justifier cette puissance qu'on a personnifié la nation.

Cependant, la différence est grande entre ces deux doctrines : Tandis que la doctrine française ne personnifie que le peuple, l'élément humain (le territoire n'étant que le milieu physique inanimé, constituant seulement l'espace dans lequel se meut la personne morale Nation), la doctrine allemande, au contraire, personnifie aussi le territoire. D'après elle, le territoire est le « corps animé » (*eines beseelten Körpers*), selon l'expression de

2. V. Gumplowicz, *Précis de Sociologie*, trad. franç., Paris, Chailley, 1896 p. 194.

Hugo Preuss¹, de la personne morale Etat, comme le peuple est « l'âme corporelle » (*einer verkörpertten Seele*²).

Nous croyons que de semblables comparaisons, au lieu de nous tirer d'affaires, nous plongent plus encore dans l'obscurité en ce qui concerne la personnalité morale; car, elles ajoutent à la difficulté de concevoir une personne morale composée de personnes physiques, une autre difficulté plus grande : celle de concevoir la personne morale composée de la nature inanimée³.

Ainsi, aussi bien la conception allemande que la conception française soulèvent de graves difficultés en ce qui concerne la structure de la personne Etat. Que la conception soit corporative ou qu'elle soit institutionnelle, elle ne vaut pas mieux dans un cas que dans l'autre.

§ 2. Le problème de l'exercice de la volonté étatique ou nationale.

La question de l'exercice de la volonté étatique et, par suite, des rapports entre l'Etat et ses organes soulève aussi de grosses difficultés.

Comme pour toute personne morale, la volonté de la personne morale a besoin, pour être exercée, des volontés de personnes physiques et des rapports s'établissant entre ces personnes et la personne Etat. Comment concevoir les rapports

1. Preuss, *Gemeinde Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889, pp. 288-289.

2. Preuss, *op. cit.*; comp. Hauriou, *Principes de Droit public*, 2^e éd., 1916, pp. 295-298, 338-340 où l'auteur considère comme élément de l'individualité objective de l'Etat, le territoire et il l'a comparé au corps d'une personne physique. Il distingue ainsi le territoire de la personnalité juridique de l'Etat qui constitue une individualité subjective et qui est comparée à l'âme ou l'esprit. Comp. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, pp. 78 et s., 81 et s.

3. Si nous avons touché ces questions, c'était uniquement pour démontrer la différence entre la théorie allemande et la théorie française.

et comment peut-on imputer la volonté de ces personnes individuelles à la personne Etat ou Nation?

A ce sujet, on se trouve en présence d'une conception française qui est la théorie de la représentation, et une conception allemande qui est la théorie de l'organe.

Or, ces deux théories ont été l'objet de nombreuses critiques. Nous n'en donnerons qu'un simple aperçu.

a) *La théorie française de la représentation :*

Cette doctrine enseigne que la personne morale Nation délègue l'exercice de la souveraineté dont elle est titulaire à un homme ou à une collectivité. Le rapport qui s'établit ainsi entre ces derniers et la personne Nation serait une représentation en vertu de laquelle les représentants de la Nation expriment la volonté de celle-ci; la volonté des représentants est considérée comme étant la volonté de la nation, de sorte que les deux personnes doivent être prises au point de vue juridique comme n'en formant qu'une seule. Les choses doivent se passer comme si la nation même aurait voulu¹. Selon le mot de Barnave, cette représentation consiste à « vouloir pour la Nation² ». Comme, par ailleurs, l'Etat est identifié avec la nation, il y a entre l'Etat et ses organes un rapport de représentation.

La volonté de l'Etat s'identifie avec celle de ses représentants. Mais quand on réfléchit sur cette idée de la représentation créée par une sorte de mandat, les complications surgissent.

On se heurte d'abord aux difficultés que nous avons déjà

1. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. II, pp. 256 et s.; Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 606 et 607 et t. II, pp. 55 et s.; Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, pp. 15 et s.; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, pp. 2, 9, 13 et t. II, pp. 167 et s.; Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, pp. 96 et s.

2. *Archives parlementaires*, t. XXIX, p. 331.

rencontrées à propos de la représentation en droit privé. La volonté est une faculté qui ne peut être détachée de la personne. Il y a impossibilité logique de concevoir qu'on puisse vouloir pour un autre, ou qu'on puisse déléguer sa volonté.

De plus, ici, le problème de la détermination du mandat et du mandataire suggère de nouvelles difficultés.

Quelqu'un qui, sans idée préconçue, observe le régime représentatif en France (puisqu'il s'agit de la conception française de représentation) est tenté de croire que le mandat est donné par un certain nombre d'électeurs de chaque circonscription électorale, à l'élu ou aux élus (cela dépend du scrutin que la loi électorale adopte) de cette circonscription. Et, pour être plus logique, il faudrait dire que le mandat est donné à chaque élu par ceux qui ont voté pour lui. Cependant, ce mandat qui, en réalité, s'établit entre les électeurs qui ont voté pour l'élu et ce dernier lui-même, est considéré par une sorte de transformation mystérieuse comme ayant lieu, non pas seulement entre l'élu et les électeurs de sa circonscription, non pas seulement entre l'élu et les électeurs de tout le pays, ni même entre l'élu et la Nation tout entière. Non, les électeurs et l'élu, après l'élection, n'existent plus. Les parties entre lesquelles ce mandat a eu lieu sont la Nation tout entière, d'une part, et l'assemblée des élus dans leur intégrité indivisible, d'autre part. C'est le système du mandat représentatif¹. On doit avouer qu'il y a ici quelque chose qui dépasse l'entendement humain.

D'autre part, pour que le mandat puisse avoir lieu, il faut que les deux parties, mandant et mandataire, existent au mo-

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, pp. 643 et s.; Jellinek, *op. cit.*, t. II, pp. 268 et s.

ment où le mandat est donné. Or, comme le remarque Duguit¹, l'assemblée des représentants n'existe que depuis le moment où elle est élue et constituée; tandis que dans la doctrine française du mandat représentatif, c'est au moment de l'élection que le mandat serait donné à l'assemblée, bien qu'elle n'existe pas encore.

Mais voyons ce qui se passe avec la volonté de la Nation qui serait le mandant : la Nation est une personne morale qui, pour exprimer sa volonté, a besoin de l'intervention de la volonté des personnes individuelles.

Or, quelles sont les personnes individuelles qui exprimeraient la volonté de la Nation donnant le mandat ? On nous dira que c'est le corps électoral. Mais, dans ce cas, le problème du rapport juridique entre la Nation, personne morale, et le corps électoral, qui exprime sa volonté, devrait se poser tout naturellement. Dire, qu'ici encore, c'est un rapport de mandat ne ferait que reculer le problème, car, pour que ce mandat puisse avoir lieu, il faut d'abord que la volonté de la personne morale Nation puisse s'exprimer.

On pourrait peut être dire que le corps électoral n'est que le support de la volonté de la Nation². On utiliserait ainsi la théorie connue en Allemagne sous le nom de théorie du *Träger* de la puissance étatique. Mais cette doctrine est aujourd'hui abandonnée après avoir été vivement critiquée. Jellinek écrit à ce sujet : « Le support du pouvoir politique est l'Etat et nul autre. Prétend-on que dans l'Etat il y a encore un support de ce pouvoir, alors il y aurait dans l'Etat deux parties séparées : le corps de l'Etat et le support du pou-

1. Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 109 et s.

2. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 557 et s.

voir. Car, ou bien ce support du pouvoir joue, par rapport à l'Etat, le rôle de l'organe et alors ce mot de support (*Träger*) ne dit rien de plus que le mot d'organe, ou ce n'est pas un organe mais une personne; alors cette personne se trouve dans une situation indépendante vis-à-vis de l'Etat. On a là de nouveau sous une forme modernisée, l'opposition bien connue de *rex* et de *regnum*¹.

Des arguments analogues pourraient s'adresser à une théorie française du support de la volonté de la Nation².

Nous ne prétendons pas ainsi avoir épuisé toutes les objections qu'on peut formuler quant à la théorie française de la représentation. Nous en citerons encore une qui nous paraît essentielle : la théorie française de représentation fait surgir une difficulté concernant la distinction de représentant et des autres personnes qui exercent une puissance publique sans être représentant.

D'après Carré de Malberg³, le critérium de cette distinction se trouve dans la liberté et l'originalité de la puissance que les représentants exercent. « Le représentant dit-il, veut pour la Nation. Or, il n'y a volonté véritable que celle qui se meut librement sans être conditionnée par une volonté supérieure ». Tel est, d'après lui, le corps législatif en France. « Au contraire, ajoute-t-il, le pouvoir que possédaient les administrateurs n'atteignait plus à la vertu représentative et cela, par la raison que les actes et décisions de l'autorité administrative sont dominés et même déterminés par la loi en vigueur. La volonté qui peut se trouver contenue dans ces actes n'a donc pas le caractère de volonté libre et initiale. Les

1. Jellinek, *op. cit.*, pp. 237 et s. du t. II.

2. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 557 et s.

3. Carré de Malberg, *La loi expression, etc.*, *op. cit.*, p. 19, n° 17.

administrateurs n'annoncent pas la volonté générale sous sa forme primaire. La vérité est seulement qu'ils veulent et agissent en conséquence et en exécution de la volonté générale ».

Mais ce critérium n'est pas le seul proposé de la distinction en question¹.

Enfin la théorie française de la représentation soulève la question de savoir de qui le représentant est représentant, avec qui s'établissent les rapports de représentation : est-ce avec la Nation ou avec l'Etat ? Le représentant est-il représentant de la Nation. Mais la Nation personnifiée est identifiée avec l'Etat. Alors le représentant cesse d'être représentant de la Nation pour devenir représentant de l'Etat, ou bien il représente les deux. L'une et l'autre solution sont aussi inconcevables.

b) *La théorie allemande de l'organe juridique.*

A cause de toutes les objections faites à la théorie française de représentation, on a essayé, en Allemagne surtout, de construire une autre conception pour définir le rapport juridique entre la personne morale Etat et les individus qui expriment sa volonté. C'est la théorie dite de l'organe juridique². Jellinek la définit ainsi : « Toute société dit-il, a besoin d'une volonté une. Cette volonté ne peut pas être autre qu'une volonté individuelle humaine. Un individu, dont la volonté vaut comme volonté du groupe, doit être considéré, en tant qu'elle se rapporte au groupe comme instrument de la volonté du groupe, comme organe du groupe³. Et, page 225, il ajoute :

1. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 560 et s.

2. Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 612 et t. II, § 35; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 1^{re} partie; Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pp. 693 et s.

3. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, *op. cit.*, t. II, p. 219.

« De la seule nature de l'Etat, unité, groupe organisé, découle nécessairement l'existence d'organe de l'Etat. Un Etat sans organe, c'est une conception irréalisable synonyme d'anarchie, une *contradictio in adjecto* ».

La différence de cette théorie avec la précédente est la suivante : Tandis que dans la théorie de la représentation, le représentant a une volonté propre, dans la théorie de l'organe, l'organe n'est pas une personne et n'a pas de volonté propre en tant qu'organe; il est seulement un instrument pour exprimer la volonté de la personne Etat¹.

Cette théorie n'échappe pas, non plus, aux critiques de la doctrine de représentation. Elle est aussi inconcevable. Elle suppose l'assimilation de l'Etat à un organisme vivant et cela suscite des objections auxquelles nous avons déjà fait allusion en parlant de la notion de personnalité en général.

Si cette doctrine échappe à la plupart des objections soulevées par la théorie du mandat représentatif, elle en soulève cependant d'autres non moins graves.

Ainsi, d'après cette doctrine, les organes dits immédiats sont nécessaires à l'Etat; ce sont eux qui déterminent la forme même de l'Etat; leur disparition, « ou bien désorganise complètement l'Etat, ou même le renverse de fond en comble² ».

1. Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 248 : « Pour bien connaître la condition juridique de l'organe de l'Etat, il faut nettement distinguer entre les organes et les hommes qui en remplissent les fonctions. L'organe comme tel n'a pas de personnalité vis-à-vis de l'Etat. Il n'y a pas deux personnes, l'Etat et l'organe ayant l'une avec l'autre certains rapports juridiques; l'Etat ne peut exister que par le moyen de son organe. Si, par la pensée, on supprime l'organe, il ne faut point dire qu'il reste un Etat, support de l'organe, c'est le néant juridique. C'est par là que le rôle de l'organe se distingue de toute autre sorte de représentation (*Stellvertretung*). Le représenté et le représentant sont et restent deux. Le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne, » Duguit, *op. cit.*, t. II, p. 565; Barthélemy et Duez, *op. cit.*, pp. 96 et s.

2. Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 225; du même, *Gesetz und Verordnung*, pp. 206 et s.

Des organes de cette sorte résultent immédiatement de la constitution du groupe même.

Or, à cela Duguit a répondu : « Si ce sont là des organes, il faut qu'il y ait derrière eux une volonté dont ils soient les organes. Finalement, est-ce la volonté de l'Etat qui existe par les organes, ou sont-ce les organes qui existent par la volonté de l'Etat. C'est là une impasse de laquelle on ne peut point sortir ».

« Ce n'est pas tout. Acceptons que les organes directs dérivent directement de la constitution. Cette constitution émane de l'Etat. Elle est une manifestation de la volonté de l'Etat. Or, pour exprimer sa volonté, il faut à l'Etat personne collective, au moins un organe. Donc les organes directs sont créés par l'organe de l'Etat qui a compétence pour faire la constitution. Mais l'organe constituant lui-même, d'où vient-il ? Organe direct, il émane de la volonté de l'Etat; il sera lui aussi un organe créé par un autre organe, et ainsi de suite. Où donc trouver l'organe véritablement direct et primaire, le premier organe de création ? Je n'aperçois que des organes créés et le vrai problème du droit public est de saisir l'organe vraiment créateur. La théorie juridico organique le passe sous silence et s'enferme ainsi dans un cercle vicieux¹. »

Section III

LE PROBLEME DE LA SOUVERAINETE.

Si la personnification de l'Etat soulève des difficultés, il en

1. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 573 et s.; comp. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 96.

est de même dans le fait d'attribuer à la personne Etat cette qualité d'être souveraine.

La souveraineté soulève en effet de nombreuses questions qui sont pour la plupart insolubles ou au moins dont la solution n'est pas facile et qui sont sources de complications dans la théorie de l'Etat.

Elles sont relatives à la nature même de la souveraineté, à son origine, à certaines de ses conséquences en Droit public interne et international.

§ I. La nature de la souveraineté.

La première question se résume ainsi : Qu'est ce que la souveraineté ?

Le mot souveraineté a été pris dans des sens différents selon les époques¹. Et cela, ajouté aux diverses nuances que le concept de souveraineté revêt chez les différents auteurs², a contribué à rendre cette notion la moins claire, sinon la plus obscure.

Déjà, l'infinité de nuances, quant à la souveraineté, témoigne d'un manque de netteté dans les idées. Et, comme toujours lorsque la notion est vague, flottante, les étiquettes se multiplient. Ainsi, une foule de termes plus ou moins synonymes ont été créés pour désigner cette notion de souveraineté. On lui applique souvent les termes : *imperium*, pouvoir politique, pouvoir de domination, puissance publique,

1. Pour l'histoire de la notion de souveraineté, v. surtout Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, trad. franç., t. II, chap. XIV, pp. 72 et s.

2. V. surtout Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, trad. franç. Paris, 1900, t. I, pp. 108 et s. et la bibliographie citée par l'auteur.

force de contrainte¹, *sumun imperium*², pouvoir plus haut³, puissance suprême⁴, *potestas suprema*, puissance première⁵, *imperium* originaire⁶, pouvoir indépendant⁷, pouvoir illimité et non limitable⁸, le refus de toute subordination⁹, pouvoir absolu et affranchi de toute loi¹⁰, la pleine et complète puissance politique¹¹, la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*¹²) etc...

Or, sur la synonymie de tous ces vocables avec le mot souveraineté, tout le monde n'est pas d'accord.

Tandis que certains auteurs¹³, par exemple, identifient la souveraineté avec « puissance publique », d'autres, surtout les auteurs allemands, font une distinction entre « souveraineté » (*souveranität*) et « puissance publique » (*Herrschaft*¹⁴).

Doit-on prendre comme synonymes : puissance première, ou *imperium* originaire¹⁵ ? Le problème n'est pas résolu.

1. V. sur l'équivalence de ces termes et du terme souveraineté, Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 543 et s.

2. Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 126; Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux* (*Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, VI, 1925, I, p. 5-177).

3. Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 126.

4. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, t. I, p. 113; Jellinek, *op. cit.*, p. 97, t. II; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 7^e éd., par Nézard, Paris, Tenin, 1921, p. 1.

5. Laband, *op. cit.*, t. I, p. 124.

6. Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 136.

7. Jellinek, *op. cit.*, p. 126, t. II; Politis, *op. cit.*, p. 13; Saripolos, *De l'Etat*, Athènes, 1921 (en grec).

8. Jellinek, *op. cit.*, p. 126.

9. Jellinek, *op. cit.*, p. 126, t. II.

10. Bodin, cité par Jellinek, *op. cit.*, t. II, p. 97.

11. Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, p. 50.

12. Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, pp. 52 et s.

13. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I, pp. 544 et s.; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1 et pp. 6 et s.; Orban, *Le Droit constitutionnel de la Belgique*, Liège et Paris, 1906, t. I, pp. 241 et s. V. sur cette identification : Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920, t. I, pp. 72 et s., 81 et s., 86 et s., 88, 141, 191.

14. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, trad. franç., t. II, pp. 142 et s., 147 et s.

15. Ainsi pour certains auteurs, la puissance publique (*Staatsgewalt*) est caractérisée parce qu'elle est originaire, protogène et cela distingue l'Etat de la

Nous pouvons en dire autant du terme « pouvoir indépendant » qui, pour beaucoup d'auteurs, constitue la différence spécifique qui distingue la « souveraineté » de la « puissance publique » non souveraine¹. Pour d'autres auteurs, cependant, souveraineté et indépendance ne sont pas de termes équivalents². Tout cela dénote l'embarras de la doctrine pour donner une définition précise de la souveraineté.

L'entente sur la signification de la souveraineté devient encore plus difficile du fait que l'on n'est pas d'accord sur la question de savoir si la souveraineté est un *droit*, ou plutôt une « volonté investie du pouvoir politique³ ». D'autre

commune par exemple, qui exerce (elle n'a pas *quod jus* le pouvoir mais simplement *quod exercitium*) un pouvoir délégué (*delegata potestas*) de la part de l'Etat à qui seul appartient la puissance publique *quod jus*. V. Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, pp. 37 et 44; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, 1920, t. I, pp. 183-184, 187 et 190. « Mais cette puissance publique originaire ne caractérise pas la souveraineté... La souveraineté est une espèce dont la puissance publique originaire est le genre » (Saripolos, *op. cit.*, p. 52).

« Le signe caractéristique de la souveraineté se trouvant dans l'indépendance, dans la compétence de la compétence » (Saripolos, *op. cit.*, pp. 51-52); Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, t. I, pp. 101-113 et s., 124 et s.; Carré de Malberg, *Théorie générale de l'Etat*, 1920, t. I, p. 174.

1. Ainsi Jellinek, *op. cit.*, t. II, pp. 126 et s., définit la souveraineté comme la négation de toute subordination de l'Etat, à l'égard d'un autre pouvoir, la négation de toute limitation, un pouvoir indépendant, un pouvoir illimité et non limitable. Laband aussi caractérise la souveraineté par son indépendance « puissance supérieure, suprême qui n'est soumise à aucune autre puissance terrestre et qui est en vérité la *potestas suprema* » (*op. cit.*, p. 113, t. I), et p. 124 il dit : « puissance souveraine signifie puissance première, « suprême ». La qualité de souveraineté n'exprime donc pas positivement quels droits contient en soi une puissance, elle marque seulement, de façon négative, que la puissance dite souveraine n'a eu au-dessus d'elle-même, aucune puissance qui ait le droit de lui donner des ordres, l'obligeant juridiquement. Cela revient à dire que la souveraineté est une qualité d'un caractère absolu qui n'admet ni augmentation ni diminution, qui est ou n'est pas ». V. aussi Saripolos, *op. cit.*, p. 50 et s.; Carré de Malberg, *op. cit.*, pp. 70 et s. et p. 176; Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e éd., Paris, 1924, t. II; Jellinek, *Gesetz und Verordnung Freiburg*, 1887, p. 197.

2. V. sur la discussion de cette question, Politis, *op. cit.*, p. 13 et les auteurs qu'il cite.

3. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, p. 544.

part, on confond la souveraineté de l'organe et la souveraineté de l'Etat¹.

Tâchons de donner une définition de cette notion de souveraineté avec les éléments sur lesquels les divergences sont le moins nombreuses. On est à peu près d'accord pour dire que, même si la souveraineté ne se confond pas avec la puissance publique, elle implique au moins une puissance publique. En d'autres termes la souveraineté est, de toute façon, une puissance publique doublée, pour certains auteurs, d'un autre élément.

Or, la puissance publique est une puissance qui appartient à la volonté d'une personne morale (Etat ou Nation) d'une façon originaire; c'est ce qui la distingue de la puissance des autres personnes morales se trouvant dans l'Etat (commune, département) qui ont une puissance non pas *quod jus*, mais *quod exercitium*, et déléguée (*delegata potestas*) par l'Etat à qui, toujours, la puissance publique appartient *quod jus* !²

Si, donc, cette puissance publique est un droit subjectif, comme la doctrine classique le conçoit, un pouvoir de volonté de la personne morale (Etat ou Nation) et si ce pouvoir appartient à cette volonté d'une façon originaire; si, en d'autres

1. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit*, t. II, p. 125 : « La question du plus haut pouvoir dans l'Etat n'a rien à faire avec la question du plus haut pouvoir de l'Etat. L'organe souverain dans l'Etat et l'Etat souverain sont deux choses tout à fait différentes. Il sera difficile de décider les auteurs modernes à cesser d'employer le même mot pour désigner deux choses si fondamentalement dissimilaires, à cause du langage employé par le droit international et aussi à cause de la littérature de nos républiques démocrates actuelles esclaves de ce terme reçu, de souveraineté du peuple ».

2. Comp. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, op. cit., t. I, pp. 114 : « Les Etats possèdent une « domination » juridico-politique en vertu d'un droit propre, non point par transmission, non point comme des organes dont se servirait une puissance publique supérieure pour s'acquitter de ses obligations et exécuter sa volonté, mais comme des « sujets de droit » (Rechtssubjecte) indépendants, se mouvant dans une sphère juridique propre, en toute liberté de volonté et d'action ».

termes, cette puissance est un attribut naturel de cette volonté, puisque c'est la force même de cette volonté, nous croyons que les autres éléments de la souveraineté : puissance suprême, pouvoir indépendant, en découlent naturellement.

En effet, si on réfléchit bien, on verra, qu'au fond, Duguit a raison quand il écrit : « Je crois, qu'après quarante années d'études de Droit public, je reste convaincu que toutes ces discussions sur la portée et le sens du mot souveraineté, sont purement oiseuses, que les expressions souveraineté pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes, et que l'on peut dire aussi, dans le même sens, puissance publique¹ ».

Car une volonté qui dispose d'une puissance originaire, non concédée par une autre volonté, une puissance inhérente à cette volonté même, est une volonté autonome, ne se déterminant que par elle-même. Elle ne peut être limitée que par une autre volonté disposant d'une puissance supérieure ou au moins égale à elle.

Mais nous avons vu que la puissance publique est supérieure à la puissance des volontés de toutes les autres personnes physiques ou morales, existant dans un territoire, puisque cette puissance publique, en se déployant, crée des effets de droit, d'une façon unilatérale.

Dans ce cas, tant qu'il n'existe pas de volonté supérieure ou égale à la puissance publique, cette dernière est, par cela même, puissance suprême (*potestas suprema*) et en même temps indépendante, illimitée et non limitable. On évite ainsi les discussions auxquelles nous avons fait allusion

1. Duguit, *Traité*, 3^e éd., I, p. 544.

plus haut, quant à la notion de souveraineté. On pourrait donc définir la souveraineté de la façon suivante : C'est la puissance d'une volonté disposant d'une force supérieure aux volontés de toutes les autres personnes morales ou physiques qui se trouvent dans un territoire donné.

Mais les difficultés concernant les définitions de la notion de souveraineté ne sont pas les seules, ni les moindres. D'autres problèmes ont été posés.

§ 2. L'origine de la souveraineté.

Les difficultés concernant la personne morale de l'Etat se compliquent de ce fait qu'il ne suffit pas de prouver l'existence de cette personnalité morale ayant une volonté propre, il faut, de plus, démontrer que cette volonté dispose d'une souveraineté, d'une force supérieure à celles des autres volontés des personnes physiques ou morales qui peuplent le monde juridique. Et nous sommes en présence du problème ardu de l'« origine de la souveraineté¹ ». D'autres disent : au lieu d'origine, justification², étiologie³, fondement, etc.

Nous résumons ainsi ce problème : Comment pouvons-nous expliquer que la volonté de la personne morale, sujet de la souveraineté, dispose d'une puissance supérieure ? A propos de la question de la souveraineté, Duguit dit : « On discute ce problème depuis des siècles et, cependant, la solution n'a pas avancé d'un pas. La raison en est que le problème

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 551 et s.

2. Jellinek, *L'Etat moderne et son Droit, etc.*, t. I, p. 297.

3. Picard, *Le Droit pur*, Paris, Flammarion, 1908, pp. 282 et s.

est insoluble. Pour le résoudre, en effet, il faudrait démontrer que certaines volontés terrestres sont d'une essence supérieure à certaines autres. »

Nombreuses sont les théories pour justifier la souveraineté. Elles peuvent, toutefois, être ramenées à certaines idées générales et classées ainsi : Nous adoptons la classification de Duguit, d'après laquelle deux catégories de doctrines répondent à la question :

- 1^o Doctrines théocratiques¹;
- 2^o Doctrines démocratiques.

a) Doctrines théocratiques.

D'une manière générale, ce sont celles qui soutiennent que la souveraineté émane de la volonté suprême de Dieu.

Nous ne saurions les exposer ici², car nous n'avons pas l'intention de faire la critique de ces doctrines. Nous croyons qu'il n'appartient pas au juriste de vouloir appliquer dans le droit des idées religieuses.

Les idées juridiques applicables dans un pays donné doivent être susceptibles de devenir universelles, au moins dans l'espace. Or, une idée juridique basée sur une conception religieuse reste, par la force des choses, une idée particulière aux individus appartenant à la religion dont cette conception découle. Si donc l'idée juridique prétend s'imposer du fait qu'elle se base sur une idée religieuse, les personnes n'appartenant à aucune religion, ou adeptes d'une religion autre (ayant des principes contraires à ceux dont l'idée

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, op. cit., t. I, pp. 557.

2. V. pour détails sur cette doctrine, Duguit, op. cit., t. I, pp. 558 et s. et les auteurs qu'il cite, pp. 558-570; Jellinek, *L'Etat, etc.*, op. cit., pp. 301 et s.; Picard, op. cit., pp. 286 et s.

juridique en question se réclame), peuvent légitimement refuser de s'y soumettre. Et ce refus de soumission serait légitimé, non seulement par les normes qui doivent régler les relations entre pays de civilisation et de religion différentes, mais aussi pour des individus appartenant, dans un même pays, à d'autres religions.

b) *Doctrines démocratiques.*

Il faut éviter ici, une confusion. En parlant des doctrines démocratiques, nous avons en vue les doctrines qui essayent d'expliquer, d'une certaine façon, l'origine de la souveraineté.

Mais on emploie aussi l'expression « doctrine démocratique » pour désigner les doctrines qui enseignent que la meilleure forme de gouvernement est celle dans laquelle tous les membres de la collectivité doivent être associés à la puissance politique, soit (dans les petits Etats) en prenant immédiatement part aux assemblées populaires, soit (dans les grands Etats) en prenant part à la puissance politique par l'élection. En d'autres termes, ce sont toutes les doctrines enseignant que la meilleure forme de gouvernement est celle fondée sur le principe du suffrage universel, celle appelée « le gouvernement démocratique », et qu'il fallait désigner, pour éviter la confusion, par « gouvernement populaire ».

Mais parlant ici des doctrines démocratiques, nous n'avons pas à envisager cela. Nous avons en vue les doctrines relatives à la question de l'origine de la souveraineté; ce sont celles qui « placent l'origine du pouvoir politique dans la volonté collective de la société, soumise à ce pouvoir, et enseignant que le pouvoir politique est légitime parce qu'il est constitué par la collectivité qu'il régit⁴ ».

4. Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 570-571; comp. Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 51 et s., 58 et s., 76 et s.

C'est la doctrine qui a essayé de justifier la souveraineté par la théorie du contrat social¹.

Au sujet de cette doctrine du contrat social, nous avons à faire les remarques suivantes : Quand on parle de la notion de contrat social, quelle conception a-t-on en vue. Celle de J.-J. Rousseau ou celles des autres contractualistes² ?

En ce qui concerne ces derniers, il faut bien préciser de quel auteur il s'agit, car l'accord entre eux est loin d'être parfait. Ainsi, il y a désaccord parmi les théoriciens du contrat social quant à la nature du contrat³, son objet⁴, et même

1. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 62; Duguit, *op. cit.*, pp. 573 et s.

2. La conception du contrat social date depuis l'antiquité grecque, les épicuriens et même avant, selon certains auteurs (Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, trad. franç. par Fordin, t. I, p. 322). Les principaux représentants de l'idée du contrat social en dehors de J.-J. Rousseau sont : Grotius (*De jure belli ac pacis*, 1624), Hobbes (*de Cive*, 1642, *Leviathan*, 1658), Althusius (*Politica methodica digesta*, éd. IV, Herbrion, 1625), Duffendort (*De jure natural et gentium*, 1672), J. Locke, *Two treatises on civil government*, trad. franç., 1783.

3. Notons que la plupart des contractualistes conçoivent le contrat social comme pouvant être également un contrat tacite. C'est l'idée de Althusius (v. Höffding, *Histoire de la Philosophie moderne*, t. I, p. 55); Grotius (v. Höffding, *op. cit.*, p. 59); Holbach (v. P. Janet, *Hist. de la science politique*, t. II, p. 490); Hutcheson (v. P. Janet, *op. cit.*, p. 549), Hobbes (v. Höffding, *op. cit.*, p. 296-297 du t. I; Locke (v. P. Janet, *op. cit.*, t. II, p. 211 et Höffding, *op. cit.*, p. 410). Pour d'autres ce contrat est une simple idée, tel Rousseau (v. plus haut), aussi Kant (v. P. Janet, *op. cit.*, t. II, p. 610; Höffding, *op. cit.*, t. I, p. 50; Barni, *Trad. des éléments métaphys. de la doctrine du droit*, p. 172); Fichte (v. P. Janet, *op. cit.*, p. 629); Althusius (v. Höffding, *op. cit.*, I, pp. 55-56).

4. Sur cette question, les divergences de vues ne sont pas moins nombreuses que celles que nous avons remarquées concernant les parties contractantes.

Chez les contractualistes d'après qui le contrat social est constitué par plusieurs contrats, chacun de ces contrats n'a pas toujours le même objet. Ainsi, il y en aurait un dont l'objet serait l'institution de la société (Althusius : deux contrats avec objet, la formation de la société, le premier d'une société plus simple, le second d'une société plus vaste. Pour Grotius, deux contrats : le premier vise la constitution de la société ou du peuple et l'autre a comme objet l'institution du pouvoir public. Pour ceux qui n'acceptent qu'un contrat, ce dernier aurait selon les uns (Hobbes, par exemple) comme objet, de créer avec la multitude, une personne, l'Etat, dont la volonté équivaldrait à toutes les volontés individuelles. (*Persona una cujus voluntas ex pacti plurium hominum pro voluntate habenda est ipsorum omnium*. De Cive imper. V, IX, Comp. Janet, *op. cit.*, II, p. 159).

Selon d'autres, tel Locke, l'objet du contrat serait la société civile ou politique. Les clauses du contrat sont différentes également suivant les auteurs. Pour Althusius, le peuple ne se prive que des droits qu'il a délégués au prince (Höffding, *Histoire de la philosophie*, *op. cit.*, t. I, p. 55). D'après Grotius, par le contrat, le peuple aliène toute sa liberté, au profit de l'autorité (Höffding, *op. cit.*, I, p. 61; Janet, *op. cit.*, p. 229). Selon Hobbes, par le contrat, les con

quant aux parties contractantes qui y ont pris part¹.

S'agit-il au contraire de la conception de J.-J. Rousseau ? C'est surtout à lui que l'on fait allusion quand on parle du contrat social et plus particulièrement de la volonté générale

tractants qui, nous l'avons vu, sont les membres de la multitude, transmettent leur pouvoir de gouverner à un homme ou à une assemblée, et cela signifie que tous promettent de ne point résister à la puissance publique, c'est-à-dire à l'individu ou au corps chargé de l'autorité souveraine (Höfding, *op. cit.*, I, pp. 158 et s.; Janet, *op. cit.*, p. 296; Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, t. III, p. 443).

Selon Locke, par le contrat social, les particuliers sont dépouillés simplement du droit de punir qu'ils ont remis à la société tout entière (Janet, *op. cit.*, II, p. 210).

L'objet du contrat social semble être, d'après Rousseau, la création de la société; cela paraît ressortir dans le passage suivant du *Contrat social* : « Avant donc que d'examiner l'acte par lequel un peuple élit un roi, il serait bon d'examiner l'acte par lequel un peuple est un peuple; car cet acte étant nécessairement antérieur à l'autre, est le vrai *fondement de la société* » (liv. I, chap. V). Mais de quel genre de société s'agit-il ici ? Est-ce de la société en général ou de la société politique ? Nous pouvons répondre sans hésiter que Rousseau a en vue la société politique (Barni, *Histoire des idées morales*, *op. cit.*, t. II, p. 222; Janet, *op. cit.*, t. II, p. 427).

Rousseau, dans le passage ci-dessus dit : « cet acte (le contrat social), fondement de la société, est l'acte par lequel un peuple est un peuple »; cela veut dire qu'un ensemble d'individus réunis (chose qui suffirait à définir une société en général) devient, par le contrat, un ensemble différent qui est le *peuple*. Nous en avons l'explication donnée par Rousseau lui-même dans le résumé de son *Contrat social* (livre V, *Emile*) qui dit expressément : « Puisque avant de s'élire un roi, le peuple est un peuple, qu'est-ce qui l'a fait tel, sinon le contrat social ? Le contrat social est donc la base de toute *société civile*, et c'est dans la nature de cet acte qu'il faut chercher celle de la société qui se forme » (*Œuvres complètes*, 1792, t. IV, p. 170).

1. Pour certains, le contrat social est formé par plusieurs contrats. Ainsi double contrat selon le *Vidicio contre tyrannos* (1579, ouvrage attribué à Hubert Languet, v. P. Janet, *op. cit.*, II, pp. 34 et s.) : 1° Un contrat entre Dieu, le roi et le peuple; 2° Un contrat séparé entre le peuple et le roi. Selon Althusius (*Politica methodica digesta*) : 1° Un contrat privé entre des individus isolés qui forment des petites sociétés comme la famille et le voisinage. Ce sont les plus simples, les sociétés étroites, les pépinières de sociétés plus grandes; 2° Un contrat entre plusieurs de ces petites sociétés qui forment une société plus vaste, non plus privée mais politique. Ces deux contrats forment le contrat social. Mais il y aurait encore un troisième contrat qu'Althusius appelle « pacte des souverains » qui se passe entre le peuple entier et ceux qui doivent gouverner (comp. Höfding, *op. cit.*, I, pp. 51 et s.).

D'après Grotius aussi, deux contrats : 1° Un contrat entre les individus pour se constituer en société (comp. Höfding, *op. cit.*, I, p. 61); 2° Un contrat entre le peuple qui aliène sa souveraineté et une autre personne qui l'achète (comp. Janet, *op. cit.*, II, p. 229). Pour Hutcheson (*Système de philosophie morale*, c. V), il y aurait trois pactes : 1° Un pacte par lequel les hommes conviennent de se réunir en un seul peuple, gouverné par un conseil commun; 2° Un décret du peuple constituant la forme de gouvernement désignant les

qui ressortirait, dit-on, de ce contrat social et qui serait la volonté nationale¹.

chefs; 3° Un pacte entre les chefs et le peuple engageant le peuple à l'obéissance et les chefs au dévouement envers leurs sujets (comp. P. Janet, *op. cit.*, II, p. 547).

D'après d'autres, le contrat social ne serait composé que d'un seul contrat. Ainsi Hobbes ne fait pas de distinction entre un contrat social par exemple, et un contrat de la constitution de pouvoir. A Hobbes, un contrat suffit pour tout. Ce contrat qui se passe non entre les individus et le souverain, mais entre les individus seulement, implique la reconnaissance d'un pouvoir suprême. D'ailleurs, la pensée de Hobbes, quant au contrat social, n'est pas très claire (v. Leviath, *De civil.* c. XVII; P. Janet, *op. cit.*, II, p. 158; Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, III, p. 441). Le souverain n'est point intervenu dans le contrat (Janet, II, pp. 159-160; Höffding, I, p. 296). Un système analogue à celui de Hobbes et aussi obscur se trouve chez Bossuet (*Politique tirée de l'Ecriture*, liv. I, art. III, prop. 4 et 5; comp. P. Janet, *op. cit.*, II, pp. 278). La pensée de Locke en ce qui concerne les parties contractantes, dans le contrat social, n'est pas non plus très précise. Par le contrat social, dit Locke (*Essai sur le gouv. civil*, c. VI, XI; comp. P. Janet, *op. cit.*, p. 210), les particuliers se sont dépouillés de la volonté de punir et ils ont remis ce droit à la société tout entière. Mais ce contrat se passe-t-il entre les individus d'une part, et la société d'autre part ? Difficile à concevoir; car, comment représenter cette société comme partie contractante ? Et de quelle société parle Locke ? De la société naturelle ou civile ? S'il s'agit de la société civile, elle n'existait pas avant le contrat social. Il est plus probable que Locke conçoit le contrat entre les membres de la multitude et, dans ce contrat, il y a la clause d'abandonner le pouvoir de punir, pour le transmettre à la société.

Chez Rousseau il y a, à propos des parties contractantes, deux conceptions contradictoires. D'après certains passages du *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Rousseau semble soutenir que les parties contractantes sont les riches, d'une part, et les pauvres d'autre part (v. *Œuvres complètes*, éd. 1790, t. VII, pp. 14 et s.). Dans d'autres passages du même discours, le contrat social aurait lieu « entre le peuple et les chefs qu'il se choisit ». Nous croyons ainsi concilier ces contradictions : ou Rousseau désigne par le nom de *chefs* les riches avec lesquels les *pauvres* ont contracté (cela semble ressortir de certains passages du *Discours sur l'inégalité* : ainsi début de la 2^e partie; *Œuvres complètes*, *op. cit.*, p. 120; comp. aussi Renouvier, *Philosophie analytique de l'histoire*, III, p. 635) ou dans ce que Rousseau appelle *peuple*, il comprend indifféremment les riches et les pauvres, ayant ensemble traité avec les chefs et, dans ce cas, d'après Rousseau, ce qui s'est passé entre les riches et les pauvres n'était pas un contrat, mais un simple conseil donné par les riches aux pauvres pour contracter ensemble avec les chefs. De toute façon la pensée de Rousseau reste obscure sur ce point. Si nous arrivons maintenant au *Contrat social*, nous voyons que la conception de Rousseau change. D'ailleurs ici encore Rousseau manque de clarté. Il est sûr, néanmoins que, dans son *Contrat social*, Rousseau n'accepte plus, comme dans son *Discours* que les parties soient le peuple d'une part et les chefs d'autre part (v. *Contrat social*, livre I, chapitre V); il semble soutenir que ce contrat a eu lieu entre les particuliers entre eux.

1. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Rec. Sirey, 1931, p. 108, où il assimile l'idée que la constitution de 1875 se fait de la volonté générale avec celle de Rousseau.

Mais nous ferons observer que Rousseau a une conception tout à fait spéciale du contrat social, éclairée par sa conception de volonté générale. Or, ces deux conceptions ne cadrent point avec celles que les juristes se font actuellement.

a) Dans sa conception du contrat social, Rousseau ne parle pas plus de l'état de nature que du contrat social, comme une hypothèse historique, mais d'un état à imaginer, tandis que, pour expliquer par un contrat social et par une méthode dynamique les faits juridiques, il nous faut un contrat réellement existant.

La volonté générale. Cette volonté générale de Rousseau n'est pas une sorte de volonté réelle, volonté collective d'une personne morale qui est formée par le contrat social, comme on le suppose souvent.

Notre opinion découle facilement du fait que Rousseau ne conçoit pas l'état social, qui aurait produit la volonté générale, comme un fait réel; il ne peut, à plus forte raison, considérer comme un fait réel la volonté générale.

La notion de la volonté générale chez Rousseau doit être rattachée à son système de morale qui est celui de la conscience morale exposée surtout dans la Profession de foi du vicaire savoyard, livre IV d'*Emile*.

En comparant les textes de Rousseau, parlant de la conscience morale¹, avec ceux où il s'occupe de la volonté générale², nous constaterons une ressemblance surprenante.

1. *Emile, Œuvres complètes de Rousseau, op. cit.*, pp. 99, 107 : « Conscience ! Conscience, instinct divin, immortel et céleste, voix, guide assuré d'un être ignorant et borné, mais intelligent et libre, juge infaillible du bien et du mal, qui rend l'homme semblable à Dieu ! ».

2. C'est surtout dans le *Discours sur l'Economie politique* que la conception de Rousseau sur la « volonté générale » se trouve exposée. V. par exemple le passage suivant : « C'est cette voix céleste qui dicte à chaque citoyen les pré-

De sorte que l'on est autorisé à dire que la volonté générale de Rousseau est une sorte de conscience morale appliquée à ce qu'on appelle la morale civique¹. Ainsi la volonté générale chez Rousseau a une grande analogie avec ce que Kant désigne par la bonne volonté², « la volonté rationnelle de l'individu qui agit selon les maximes de son propre jugement » et qui permet de n'être pas en contradiction avec lui-même.

Le critérium de la volonté générale est donc l'accord des maximes d'après lesquelles elle agit. En d'autres termes, pour Rousseau, la volonté générale n'est autre que la volonté raisonnable³. C'est quelque chose d'analogue à « la raison sans passion », ὁ ἀνευ ὁρέξεως νοῦς d'Aristote⁴, c'est la

ceptes de la raison publique et lui apprend à agir selon les maximes de son propre jugement, et à n'être pas en contradiction avec lui-même. C'est elle seule aussi que les chefs doivent faire parler quand ils commandent ».

1. « La volonté générale, dans la société, dit P. Janet, est la même chose que le libre-arbitre dans l'individu » (*Histoire de la science politique*, t. II, p. 437). Et M. Delbos dit aussi : « Le fondement de l'obligation morale chez Kant, est dans l'autonomie. Or qu'est cela sinon la volonté générale de Rousseau, intériorisée, transportée de l'ordre social dans l'ordre de moralité ? ».

2. Sur le rapport de la notion de la volonté générale de Rousseau et de la théorie de Kant, voir P. Janet, *op. cit.*, pp. 583 et s. et 584, n. 1 où il dit « que Hegel aussi a signalé ce rapport ». V. Barni, *Introduction de la traduction de éléments métaphysiques de la doctrine du Droit*, Paris, 1853, p. CLXXIII; comp. plus haut (p. 96, 2). V. Delbos, Rousseau et Kant (article *Revue Métaphys.* *op. cit.*, 1912, pp. 429 et s.) et surtout p. 436 où il dit que chez Kant « Le fondement de l'obligation morale est dans l'autonomie. Or qu'est cela sinon la volonté générale de Rousseau, intériorisée, transportée de l'ordre social dans l'ordre, de moralité ? Qu'est cela sinon l'application à la vie morale de ce que Rousseau avait dit au chap. VIII, liv. I de son *Contrat social* : « L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est la liberté ».

3. Hegel a dit très justement, à propos de la volonté générale chez Rousseau : « La volonté générale ne doit pas être considérée comme la somme des volontés explicites de personnes individuelles de telle manière que celles-ci demeurent le fait irréductible; s'il en est ainsi il serait vrai de dire : « où la minorité doit obéir à la majorité, là point de liberté ». Il faut que la volonté générale soit plutôt la volonté raisonnable, même si les personnes n'en ont pas conscience » (cité par Bosanquet, *Les idées politiques de Rousseau (Revue Métaphysique*, 1912, p. 339).

4. Aristote, *Politique*, l. III, c. XI, § 4.

volonté vertueuse¹ et juste². Pour Rousseau, il suffit d'être vertueux et juste pour exprimer, de ce fait, la volonté générale. Ce point nécessiterait des précisions que nous ne pouvons donner ici. Si nous avons exposé les remarques qui précèdent, c'est pour essayer de démontrer qu'avec une conception de la volonté générale telle qu'elle est sommairement définie plus haut, beaucoup de passages du contrat social reçoivent une signification tout autre que celle donnée souvent par les juristes.

La conclusion de tout cela est que nous ne devons point nous baser sur le contrat social de Rousseau pour en tirer des arguments au profit d'une théorie dynamique de la volonté; théorie qui suppose une volonté réelle, créée à la suite d'un contrat qui a eu lieu réellement entre les hommes vivant auparavant à l'état de nature, en dehors de toute société.

Une théorie du contrat social qui le présente comme un fait historique est facile à critiquer. D'ailleurs, cette hypothèse a été combattue et elle est presque unanimement abandonnée. On a considéré comme impossible pareille supposition du pacte social, car le pacte implique déjà une langue

1. « Tout homme est vertueux quand sa volonté particulière est conforme en tout à la volonté générale et nous voulons volontiers ce que veulent les gens quand nous les aimons » (*Discours sur l'Economie politique*, p. 296); comp. Barni, *Histoire des idées, etc., op. cit.*, t. II; comp. le passage ci-dessus avec celui de la « Profession de foi du vicaire savoyard » : « Qu'est-ce donc que l'homme vertueux ? C'est celui qui sait vaincre ses affections car, alors, il suit la raison, sa conscience, il fait son devoir, il se tient dans l'ordre et rien ne peut l'en écarter ». Comp. *Œuvres complètes, Discours sur l'Econ. pol.*, pp. 271, 281; Stammler, *Notion et portée de la volonté générale (Revue de Métaphysique et de Morale, 1912, p. 385* : « Donc la volonté générale est une maxime qui prend comme ligne directrice le bien de tous les hommes en soi. C'est la définition de la « vertu » d'après Rousseau. Et tendre à cette vertu, c'est la loi absolue de toute aspiration humaine ».

2. « De sorte qu'il ne faut qu'être juste pour s'assurer de suivre la volonté générale » (*Discours sur l'Economie politique, op. cit.*, p. 279).

formée, et le langage est inconcevable pour les individus n'ayant aucun commerce entre-eux.

Il est donc difficile, même en acceptant l'idée du pacte, de conclure à la doctrine démocratique dont il s'agit dans ce paragraphe.

§ 3. Les conséquences de la souveraineté en droit public.

Les difficultés signalées jusqu'à présent concernant la notion de la souveraineté et son origine, ne sont point les seules.

Il y en a également beaucoup d'autres, qui naissent à propos des conséquences du principe de la souveraineté pour certaines matières du droit public. Nous nous bornerons à en signaler ici quelques-unes.

A. La souveraineté et les actes bilatéraux de l'État.

La notion de souveraineté est incapable de nous expliquer l'existence d'actes juridiques bilatéraux de la part de l'État ou d'après la terminologie rencontrée plus haut, l'existence des actes administratifs de *gestion*.

Exemple : Un contrat d'achat que l'État accomplit avec un particulier.

Car, si l'État possède une force de volonté supérieure aux autres (puisque'il est titulaire de la souveraineté) comment peut-il agir d'une façon bilatérale, y étant d'ailleurs parfois obligé. Comment concevoir une personne à « double face » qui, quelquefois, agirait comme ayant une volonté supérieure et d'autres fois, comme ayant une volonté égale aux autres volontés.

Deux théories ont essayé de répondre à cette question :

1° La théorie de l'autolimitation;

2° La théorie de la limitation par les droits individuels naturels qui procèdent de l'autonomie de la volonté.

a) *La théorie de l'autolimitation.*

Cette théorie a d'abord¹ été soutenue par Ihering². Elle a été reprise ensuite par Jellinek³ qui lui a donné une forme plus proprement juridique⁴, et elle a été suivie par d'autres juristes éminents⁵. Elle enseigne qu'il ne faut pas confondre la souveraineté avec l'omnipotence, l'arbitraire ou le manque de toute limitation juridique.

D'après la doctrine de l'autolimitation, la souveraineté n'implique point une négation de toute limitation juridique, mais seulement la négation de toute limitation juridique venant du dehors, c'est-à-dire provenant d'une volonté étrangère à la volonté source de la souveraineté. Mais une limitation de la souveraineté, venant de la volonté souveraine même, une autolimitation juridique, est non seulement possible, mais indispensable. Selon la formule de Jellinek, « ce qui dépend de la souveraineté n'est pas *nicht das ob*, si elle sera obligée, mais *nur das wie*⁶ », comment elle sera obligée

1. Duguit, *op. cit.*, p. 643, t. I.

2. Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1880, pp. 344 et s.

3. Jellinek, *Gesetz*, *op. cit.*, pp. 198 et s., 261 et s.; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e édit., 1914, pp. 477, 481 et s.; *L'Etat moderne et son droit*, *op. cit.*, t. II, pp. 129 et s.; *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1906, pp. 195 et s., 234 et s.

4. V. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 644.

5. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie de l'Etat*, t. I, § IV, et surtout pp. 234 et s.; Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, pp. 54 et s.; *La démocratie et l'élection proportionnelle*, t. I, 1899, pp. 272 et s., 276 et s.; *Droit constitutionnel grec*, 1918, t. III, pp. 21 et s., p. 21 note 5.

6. Jellinek, *L'Etat moderne* : « L'Etat ne se trouve pas tellement au-dessus du droit qu'il puisse s'affranchir du droit lui-même. Ce qui est en son pouvoir, en son pouvoir de fait comme en son pouvoir juridique, ce n'est pas la question

C'est grâce à cette autolimitation que la volonté de l'Etat peut se faire l'égale de celle des particuliers¹.

Donc, la volonté de la personne titulaire de la souveraineté est soumise à un ordonnancement juridique *Rechtsordnung*² que cette volonté elle-même crée et auquel elle se soumet volontairement; d'où le nom d'autolimitation. En s'auto-imitant, cette volonté ne se détermine cependant que par elle-même et, par conséquent, elle reste souveraine.

1 Cette théorie a été vivement critiquée, surtout par Duguit qui résume sa critique dans le passage suivant : « Il est évident qu'il y a, dans cette théorie de l'autolimitation, un véritable tour de passe-passe. Une subordination volontaire n'est pas une subordination. L'Etat n'est pas véritablement limité par le droit si c'est lui qui seul, peut établir et formuler ce droit, et s'il peut le changer comme il le veut, à chaque moment. Le fondement donné ainsi au droit public est incontestablement, singulièrement fragile. Le pouvoir de l'Etat qui n'est limité par le droit que parce qu'il le veut bien, et dans la mesure qu'il détermine lui-même, ressemble

de savoir si un certain ordre juridique doit exister, mais quel ordre juridique » (p. 130). Aussi, p. 137 : « Ainsi la souveraineté n'est pas la toute-puissance de l'Etat, c'est un pouvoir juridique et par là même un pouvoir soumis au droit. Au reste, elle ne souffre aucune limite juridique absolue. L'Etat peut s'affranchir de toute limite qu'il s'est imposée lui-même, mais seulement en respectant les formes du droit et en imposant de nouvelles limites. Ce qu'il y a de permanent ce n'est pas telle ou telle limite particulière, c'est la limitation elle-même. Mais si l'Etat absolument limité n'existe pas, l'Etat souverain absolument sans limite n'existe pas davantage ». Comp. Saripolos, *De l'Etat, op. cit.*, pp. 57-58.

1. Heilborn, *Grundbegriffe des Völkerrechts (Handbuch des Völkerrechts)*, édité par Stier-Somlo, t. I, 1^{er} fasc., 1912, pp. 21 et 22.

2. Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 645 et s.; Duguit, *La doctrine allemande de l'autolimitation de l'Etat (Revue de Droit public, 1919, pp. 161 et s.)* (tirage à part); Duguit, J.-J. Rousseau, *Kant et Hegel (Revue de Droit public, 1918 et 1919)*. (tirage à part); Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté, etc. (Rec. des Cours de l'Académie de Droit-international, VI, 1925, I, pp. 5-177 et p. 15)*; Svolos, *La nouvelle constitution et les bases du régime politique*, Athènes, 1928 (en grec), pp. 103-104.

singulièrement à un pouvoir absolu et sans limite. Je viens de parler d'un tour de passe-passe; il serait peut-être plus correct de qualifier la doctrine de sophistique. En tout cas, ce n'est qu'à l'aide d'une apparence de raison qu'on peut prétendre que l'Etat est lié par le Droit. Voilà où aboutit l'effort de toute la science juridique moderne pour résoudre le problème de la limitation de l'Etat par le droit¹ ».

Et en effet, pour une doctrine dynamique de la volonté, nous croyons que Duguit a absolument raison. Une volonté possédant une force originaire, et supérieure aux forces des autres volontés coexistantes, ne peut pas connaître une véritable limitation dans le déploiement de sa force; une limitation, par elle-même, n'est pas une limitation à proprement parler. Mais nous devons aussi reconnaître que si Jellinek parle d'une autolimitation de cette volonté souveraine, il se place au point de vue de sa méthode juridique qui n'est point la même que celle de la doctrine dynamique².

Donc, les critiques formulées ci-dessus par Duguit doivent s'adresser à une doctrine d'autolimitation basée sur une méthode dynamique ou causale qui fait l'objet de ce travail.

1. Duguit, *Traité*, op. cit., t. I, p. 645.

2. V. la méthode juridique de Jellinek dans la doctrine de l'Etat. Jellinek, *System der subjektiven, etc.*, op. cit., pp. 21 et s. V. aussi un résumé de cette doctrine fait avec l'approbation de Jellinek, par M. Fardin, dans *l'Etat moderne et son droit*, trad. franç., pp. 82 et s., et surtout p. 87 : « On ne saurait donc trop se garder de confondre le domaine des études juridiques avec celui des sciences concrètes. Le monde de l'action, le monde de la vie pratique n'est pas le monde des choses en soi, mais le monde des choses par rapport à nous, envisagé sous un angle spécial... C'est dans le monde des valeurs et des buts humains que le système juridique a sa place ». Et p. 89 : « La dogmatique du droit ne peut pas connaître les faits en soi, leur entité propre. Elle ne constate pas des lois naturelles qui agissent avec une force invincible. Son objet est de saisir le contenu des normes, règles hypothétiques qui n'ont rien de commun avec les rapports nécessaires de causalité ». Cp. aussi, p. 135, ce que Jellinek dit plus spécialement sur l'auto-obligation : « Cette auto-obligation a son principe dans les convictions juridiques dominantes; par suite, étant donné le caractère subjectif de tous les critères du droit, la nature juridique de l'obligation que l'Etat s'impose à lui-même, se trouve en même temps démontrée ».

b) *La théorie de la limitation de la souveraineté par les droits individuels naturels qui procèdent de la volonté autonome des individus.*

On a déjà vu que, d'après la doctrine dynamique de l'autonomie de la volonté, l'homme possède une volonté autonome, à savoir une volonté ayant une force originaire, inhérente à cette volonté; et cette puissance est la cause du droit subjectif, ce dernier n'étant que la sphère formée par l'étendue de la force de volonté individuelle. Donc, les volontés individuelles autonomes, possédant une force originaire, un droit subjectif originaire, serviraient de limites à la souveraineté¹, laquelle n'est, aussi, que le pouvoir originaire d'une volonté (de la personne morale sujet de la souveraineté) ! Nous aurions, ainsi, coexistence de deux volontés; une volonté autonome des individus sujets de droits individuels (lesquels ne seraient que l'étendue de la force des volontés individuelles) et, une volonté souveraine de la personne morale, sujet de la souveraineté qui ne serait que l'étendue de la force de cette dernière volonté.

Volonté souveraine signifie volonté possédant une force originaire²; volonté autonome signifie également volonté, possédant une force originaire³; puisque la volonté souveraine est souveraine par l'origine même de sa force comme la volonté individuelle est autonome par l'origine de sa force, nous pouvons donc conclure que *souveraineté* et *autonomie* sont synonymes⁴. Par conséquent, nous avons ici coexistence

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 632.

2. V. plus haut.

3. V. plus haut.

4. Duguit, *op. cit.*, t. I, p. 633.

de deux volontés autonomes, souveraines, ou, en d'autres termes, coexistence de deux souverainetés¹, de deux autonomies.

Comment la volonté autonome individuelle peut-elle limiter la volonté souveraine de la personne titulaire de la souveraineté².

Le dilemme se pose ainsi : Ou les deux volontés (celle autonome de l'individu et celle de la personne morale titulaire de la souveraineté) sont d'égales forces, ou elles sont inégales. Dans le premier cas, les deux volontés en s'opposant, se neutralisent et c'est « le repos, l'inaction, le néant² »

Dans le deuxième cas, de deux choses l'une : Ou la volonté individuelle est plus puissante que la volonté souveraine, et cette dernière disparaîtra pour faire place à l'anarchie³; ou la volonté souveraine est plus puissante, et c'est alors le despotisme⁴.

La doctrine du contrat social a encore essayé, cependant, de concilier ces deux choses incompatibles : l'autonomie individuelle et la souveraineté, mais ses efforts ont été vains.

B) *La souveraineté et l'Etat fédéral.*

Comment le fédéralisme politique peut-il se concilier avec l'unité et l'indivisibilité de la souveraineté⁵.

1. Duguit, *op. cit.*, p. 633.

2. Duguit, *op. cit.*, p. 633.

3. Duguit, *op. cit.*, p. 633.

4. Duguit, *op. cit.*, p. 633.

5. La question du critérium de l'Etat fédéral a été déjà discutée depuis longtemps. V. Laband et Jellinek (note suivante), Le Fur, *L'Etat fédéral*, 1897, où on trouve une bibliographie très complète à ce sujet. Mais depuis la constitution de Weimar, 6 février 1919, la question de l'Etat fédéral a été vivement discutée à propos de la question de savoir si la nouvelle république allemande est un Etat fédéral (*Bundesstaat*) ou un Etat unitaire décentralisé (*Decentralisierter Einheitsstaat*). Nous citerons seulement quelques auteurs. Parmi les Allemands : Walter, Jellinek, *Revolution und Reichsverfassung* dans le *Jahrbuch des öffentlichen Rechtes*, t. IV, 1920, p. 1-128; Lukas, *Die organisatorischen*

Dans un Etat fédéral, il existe, s'exerçant à la fois sur les mêmes sujets la puissance étatique de l'Etat fédéral d'une part, et, d'autre part, des Etats membres.

Etant donné que la puissance étatique implique par définition la souveraineté¹, avec le fédéralisme s'applique, aux mêmes individus, une souveraineté partagée entre deux personnes. Or, cela est en contradiction avec la nature même de la souveraineté² une et indivisible.

Certains juristes allemands ont essayé de résoudre le problème en distinguant l'*Herrschaft* qui serait le pouvoir propre à tout Etat, et la souveraineté qui est une qualité qui peut s'ajouter à l'*Herrschaft*. Aussi l'Etat membre aurait l'*Herrschaft* simple et l'Etat fédéral l'*Herrschaft* souveraineté. Mais alors que devient la souveraineté comme attribut essentiel de l'Etat ?

Grundgedanken der neuen Rechtsverfassung, 1920; Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 2^e édit., 1920; Lusensky, *Der neue Staat*, 1920; Bornhak, *Die Verfassung des Reiches*, 1919; Jacobi, *Einheitsstaat oder Bundesstaat*, 1919; Schmidt, *Die Grundlinien des Staatswesens*, 1919, etc. Parmi les livres français : J. Dubois, *La constitution de l'Empire allemand du 11 août 1919*, Paris, 1920, avec préface de M. Larnaude; Schreiber-Fabre, *Constitution de la confédération allemande du 11 août 1919* (trad. frang. de la constitution avec préface de Fauchille), 1920; Errera, *La nouvelle constitution de l'Empire allemand* (extrait des *Bulletins de l'Académie royale de Belgique*), Bruxelles, 1920; Rouge, *La nouvelle constitution allemande, organisation des pouvoirs dans la Revue politique et parlementaire*, t. CII, 1920, pp. 359 et s.; Brunet, *Le principe démocratique dans la constitution allemande du 11 août 1919* (*Revue du Droit public*, t. XXXVII, 1920, pp. 464-465); Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, pp. 71 et s.

1. C'est en essayant, à tort, d'établir une différence entre la souveraineté et la puissance publique que certains auteurs (tels Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, t. I, pp. 98 et s.; Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. II, pp. 147 et s., 165 et s., 357 et s., 372 et s., surtout pp. 540 et s.; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, pp. 88 et s.; Saripolos, *De l'Etat*, *op. cit.*, pp. 51-53, 71 et s.) ont voulu donner le critérium du fédéralisme. Les Etats membres, ont-ils dit, ne sont pas sujets de souveraineté mais simplement de la puissance publique, la souveraineté n'appartient qu'à l'Etat fédéral. Cette distinction de la souveraineté et de la puissance publique a été déjà critiquée, plus haut

2. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 627, t. II, pp. 118 et s.

Il est donc impossible d'expliquer l'Etat fédéral, en maintenant l'idée de souveraineté. Cette institution de l'Etat fédéral n'est pas la seule incompatible avec la souveraineté une et indivisible. Il suffit de noter, ici, les longues controverses provoquées par la question de savoir si : l'institution de la séparation des pouvoirs¹ et le système de deux chambres² (pour ne citer que les plus importantes), sont compatibles avec la souveraineté.

C) *La souveraineté et le Droit international public.*

La doctrine de la souveraineté est incompatible avec le Droit international public³. Pour ne parler ici que des actes juridiques du Droit international public, nous disons que la doctrine de la souveraineté va plus particulièrement à l'encontre de l'existence de ces actes juridiques.

Ainsi, nous ne pouvons pas concevoir, avec cette doctrine :

1^o Les traités-contrats;

2^o Les actes juridiques unilatéraux du droit international.

1. Duguit, *op. cit.*, t. II, pp. 121 et s.; Saripolos, *Droit constitutionnel grec* Athènes, 1918, t. II, pp. 1 et s.

2. Duguit, *op. cit.*, t. II, p. 121.

3. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, pp. 713 et s. et la bibliographie donnée par l'auteur, p. 732; Politis, *Le problème des limites de la souveraineté, etc.*, *op. cit.*, et la thèse de l'*Abus de droit dans les rapports internationaux*, public. de l'Académie de Droit international, pp. 10 et 17, et la bibliographie citée par l'auteur; du même, *Les nouvelles tendances du droit international*, 1927, pp. 18 et s.; Scelle, *Le pacte des Nations et sa liaison avec le traité de paix*, 1919, pp. 86, 94-95, 98, 372; Scelle, *Les réserves du Sénat américain* (dans la *Revue politique et parlementaire*, 1920, p. 349, t. CII; Compotheca, *La conception juridique de l'Etat*, 1899, pp. 130 et s. Parmi les auteurs allemands : Preuss, *Gemeinde Staat, Reich als Gebietskorperschaften*, Berlin, 1899, pp. 113 et s., 122, 125 et surtout pp. 135 et 136 où Preuss déclare nettement la notion de souveraineté (*Souveranität*) incompatible avec l'existence du Droit public en général et plus particulièrement du Droit international; Séferiades, *Leçon d'ouverture* (en grec); Réglade, Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du Doyen Duguit pour un renouvellement de l'Etude du Droit international public (*Revue générale de Droit international public*, 1930, pp. 380 et s.).

1^o *Les traités contrats.*

Ils supposent le concours de deux volontés concordantes, de deux personnes morales (Etat ou Nation).

Mais si ces volontés des Etats sont souveraines, comment concevoir qu'elles sont soumises aux obligations stipulées dans le traité, tout en gardant leur souveraineté ?

Deux doctrines sont venues nous tirer d'embarras : la doctrine de l'autolimitation et la doctrine des droits fondamentaux des Etats.

a) *La doctrine de l'autolimitation.* :

Elle enseigne que si les volontés souveraines se soumettent aux obligations formulées par les traités, c'est parce que ces obligations dérivent de l'autolimitation *selbstbestimmung* de ces volontés¹. Nous avons déjà vu, plus haut, cette doctrine de l'autolimitation et nous n'y reviendrons pas.

b) *La doctrine des droits fondamentaux des Etats*².

Cette doctrine appliquée dans le domaine des actes juridiques, plus spécialement des traités, consisterait en

1. Sur la doctrine de l'auto-limitation de la souveraineté par rapport au Droit international, voir Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, t. I, pp. 559 et s.; du même, *Die Lehre von den Staatverbindungen*, 1882, pp. 23, 36, 54 et s.; du même *Gesetz und Verordnung*, 1887, pp. 205 et s.; F. Giesse, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 11 août 1919, 2^e éd., Berlin, 1920, p. 67 n. 4 et p. 74 n. 2., Cp. Duguit, *op. cit.*, t. I, pp. 717 et s. et les auteurs cités p. 719. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté*, *op. cit.* (*Rec. des Cours de l'Académie de Droit international*, 1925, I, VI, pp. 5-177); Saripolos, *Droit constitutionnel grec*, 1918, t. II, p. 57 et la bibliographie citée par l'auteur; M. Réglade, *Perspectives qu'ouvrent, etc.*, *op. cit.* (*Revue gén. de Droit international public*, 1930, pp. 380 et s., 385-388).

2. V. sur la doctrine des droits fondamentaux des Etats : Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 715; Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté, etc.*, *op. cit.*, p. 15; *Les nouvelles tendances du Droit international*,

ceci : Les Etats ont, comme les individus, des droits naturels subjectifs. Or, les traités obligerait les Etats y participant, de la même façon que les contrats obligent les individus. Mais cette doctrine se heurte d'abord, à la même difficulté insurmontable que nous avons déjà rencontrée, avec la doctrine de l'autonomie de la volonté individuelle (voir plus haut) pour concevoir l'obligation née, à la suite d'un contrat, pour les individus qui y ont pris part.

D'un autre côté, cette doctrine des droits fondamentaux des Etats a été vivement critiquée et condamnée¹.

2^o *Les actes juridiques unilatéraux du Droit international.*

Même si les théories précédentes de l'autolimitation et des droits fondamentaux des Etats étaient valables, elles ne s'appliqueraient qu'aux actes juridiques bilatéraux du droit international qui reçoivent le nom de « traités contrats ».

Elles ne pourraient point nous expliquer les actes juridiques²

Paris, Hachette, 1927, pp. 36 et s.; Pillet, *Les droits fondamentaux des Etats* (*Rev. générale de droit international*, V, 1898, pp. 66 et s., 236 et s.) (tirage à part); Nys, *Le droit international, les principes, les faits*, 3 vol. in-8°, Paris-Bruxelles, 1912; Despagnet, *Cours de droit intern. public*, 4^e éd., Paris, 1910, 216 et s.; Réglade, *Perspectives qu'ouvrent, etc.*, pp. 384-388; Gilbert Gidel, *Droits et devoirs des nations, La théorie classique des droits fondamentaux des Etats* dans le *Rec. des Cours de l'Académie de Droit international*, 1925, V, pp. 541 et s.

1. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, § 67, surtout p. 719; Politis, *Le problème des limites de la souveraineté, etc.*, op. cit., p. 15, et *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, 1927, pp. 39 et s.; Réglade, *Perspectives qu'ouvrent, etc.*, p. 384.

2. Pour ces actes juridiques nous nous bornons à renvoyer à l'article de M. Réglade, *Perspectives qu'ouvrent, etc.*, aux pages 389 et s., pp. 391, 392 et s., 407. Comme exemples de ces actes unilatéraux, M. Réglade cite entre autres « comme la déclaration de guerre, la neutralité, le blocus, et certains traités lois, (v. p. 408), surtout les résolutions de l'Assemblée et du Conseil de la Société des Nations et certains organismes internationaux, comme la conférence internationale du travail et autres conférences des unions internationales (v. pp. 392 et 407). Certaines de ces décisions sont prises à la simple majorité ou à une majorité spéciale et pourtant elles s'imposent à la minorité des membres (v. pour plus

unilatéraux du droit international, à la suite desquels un effet de droit se produit, à la charge d'un Etat dont la volonté cependant, a été complètement étrangère à la conclusion de cet acte juridique.

Pour expliquer ces actes unilatéraux, on a inventé une volonté collective des Etats qui créerait les effets de droit, applicables même aux Etats qui n'y ont pas pris part. Cette théorie a été notamment soutenue par Triepel¹ qui la résume dans le passage suivant : « Une règle de droit est le contenu d'une volonté supérieure aux autres volontés individuelles. La formation de la règle juridique est aussi une déclaration de volonté, déclaration d'après laquelle quelque chose doit devenir un droit... Dans le Droit interne la source de droit est, en premier lieu, la volonté de l'Etat lui-même... De même, dans la sphère des relations entre Etats, la source de droit ne peut être qu'une volonté émanant d'Etats. Mais il est évident que cette volonté, qui doit être obligatoire pour une pluralité, ne peut pas appartenir à un seul Etat... »

Mais si la volonté d'aucun Etat particulier ne peut créer un droit international, on ne peut imaginer qu'une seule chose : c'est qu'une volonté commune, née de l'union de ces volontés particulières, se trouve capable de remplir cette tâche... Nous regardons comme le moyen de constituer une telle unité de volonté la *vereinbarung*, terme dont on se sert dans la doctrine allemande pour désigner les véritables unions des volontés et

de détails les pages précitées de l'article en question). Comp. Duguit, *Traité de Droit const.*, t. I, pp. 412-420 pour les conventions, lois ou « traités-lois » (*Vereinsbarungen*); Saripolos, *De l'Etat, op. cit.*, p. 61; du même, *Droit constitutionnel grec*, t. II ; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, pp. 63 et s.

1. Triepel, *op. cit.* (trad. franç. par Brunet, Paris, 1920).

les distinguer des contrats qui sont des accords de plusieurs personnes pour des déclarations de volontés d'un contenu opposé¹ ».

Mais une telle théorie ne saurait nous satisfaire. Car, si la volonté collective de l'Etat personne morale est indémontrée et indémontrable, à plus forte raison la volonté collective d'une *superpersonne* composée des personnes morales Etats est impossible à démontrer².

D'autre part, même si nous supposons existante cette superpersonne morale collective, il reste encore à prouver que sa volonté dispose d'une force supérieure aux volontés des Etats particuliers, chose également impossible.

§ 4. Conclusions sur la souveraineté.

Pour tous les motifs que nous avons très sommairement exposés et pour d'autres encore, l'idée de souveraineté a été actuellement très critiquée³ et menace ruine. Ce fait a été ma-

1. Triepel, *op. cit.*, passage cité par Alf. Verdross dans son article sur le fondement du Droit international (*Rec. des Cours de l'Académie de Droit international*, 1927, I, pp. 275-276); Verdross aussi interprète l'expression « volonté commune » de Triepel dans le sens de la volonté collective en disant, p. 276 : « Mais de quelle nature est cette *volonté commune des Etats*. Quel bien est capable d'unir les volontés isolées des Etats et de les transformer en une *volonté collective* ».

2. Verdross, dans l'article précité (note 1.), combat une pareille théorie en évoquant l'autorité de Krabbe (*Krabbe die Lehre von der Rechtssouveranität* 1906); du même auteur : *De moderne Staatsidee*, 1915 (en hollandais) et *Die moderne Staatsidee*, 1919, qui montre qu'une telle volonté d'Etats n'est qu'une pure fiction, à laquelle ne correspond pas la réalité. Car « en réalité, il n'y a que des volontés d'êtres vivants, d'hommes. La soi-disant volonté d'Etat ne peut être autre chose qu'un rassemblement de volontés humaines ». V. aussi Politis, *Le problème de limitations de la souveraineté, etc.*, *op. cit.*, p. 6, où il écrit : « Si l'Etat est une abstraction, la communauté internationale, telle qu'elle a été comprise jusqu'ici comme la réunion des Etats, est une abstraction plus grande encore : c'est une immense somme de fictions ».

3. V. Duguit, *op. cit.*, t. I, chap. V et VI; II, chap. I; Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, *op. cit.*, pp. 18 et s.; du même, *Le problème des*

gistralement décrit par M. Politis, dans son bel article sur le problème des limitations de la souveraineté, dont le passage suivant nous servira de conclusion :

« La notion de la souveraineté, écrit M. Politis, a fait l'objet d'un nouvel examen critique aboutissant la plupart du temps à sa condamnation. Les attaques ont doublé quand la notion eût perdu son crédit en Droit public interne. Dénoncée déjà au début du siècle dernier par les publicistes et les philosophes, la fausseté de la notion de la souveraineté a été tous les jours davantage attestée dans la pratique... La souveraineté a été bientôt traitée, en Droit public, de dogme inadmissible... Le discrédit de la souveraineté, comme jadis sa formule absolutiste, n'a pas tardé à passer du Droit public au Droit international... Nombre d'internationalistes constatent que le vieux dogme devenu le *pous asinorum* de la diplomatie « se déforme, craque de toutes parts s'effrite »; qu'il est incompatible avec le droit et l'existence d'une communauté juridique internationale, qu'il est inconsistant, contradictoire et privé de sens... Bref, un anathème général s'élève contre lui, qui le condamne irrémédiablement¹ ».

« La notion de souveraineté est, en effet, plus entamée par l'œuvre du temps... On peut même dire qu'elle est, dès à présent, virtuellement abolie et que, si elle reste encore usitée, dans le langage officiel, et un peu moins dans celui de la science c'est, par défaut d'adaptation visuelle à la disparition d'une

limitations, etc., op. cit., et la bibliographie citée par l'auteur, note 1, p. 10; Jèze, *Le dogme de la volonté nationale, etc.* (*Revue Droit public*, 1927, pp. 165 et s.); Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1911, pp. 162 et s.; Bonnard, *La conception juridique de l'Etat*, Paris, Giard, 1922 (extrait de la *Revue de Droit public*, 1922); Svolos, *La nouvelle constitution et les bases du régime politique* (en grec), Athènes, 1928, pp. 23 et s.

1. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté, op. cit.*, pp. 16-17.

lumière qui, pendant très longtemps, a brillé d'un vif éclat. Ce principe, sur lequel, durant quatre siècles, a été orientée toute la vie internationale, est comme ces astres depuis longtemps éteints qui frappent néanmoins encore nos regards. Atteint par les nécessités sans cesse changeantes de la vie, réduit en lambeaux, ruiné au point de ne plus mériter de place que dans le domaine du souvenir, il continue d'éblouir la vue et d'arrêter la pensée. On persiste à échafauder sur lui des systèmes politiques et juridiques dont le constant échec, dû uniquement à sa fausseté, est à tort attribué à la mauvaise volonté des hommes. C'est un écran qui voile la réalité. Il faut s'en débarrasser si l'on veut voir clair¹.

« Il faudrait, selon l'exemple fourni par la Constitution des Etats-Unis et le vœu d'un grand nombre d'auteurs, éliminer jusqu'à l'expression de pareille idée et ne plus parler de souveraineté² ».

1. Politis, *op. cit.*, p. 10.

2. Politis, *op. cit.*, p. 19.

Vu :
Le Doyen,
FERRON

Vu : *Le Président de la Thèse*
R. BONNARD

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 15 juin 1931
Le Recteur de l'Académie,
F. DUMAS

BIBLIOGRAPHIE

- Ahrens.** — *Cours de droit naturel*, 8^e édit., Paris 1892, 2 vol.
- Anastasiades (E.).** — *Manuel de droit commercial* en grec 2^e fas. p. I et s. : Introduction philosophique au droit commercial. Νομικά φιλοσοφηματα, Athènes 1928.
- Anthony (R.).** — *La force et le droit. Le prétendu droit biologique.* Paris, Alcan 1917.
- Aubry.** — *Domaine de la loi d'autonomie en droit international privé* (*Journal de droit international privé*, 1896, pp. 465 et s. 721 et s.).
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 5^e édit. Paris, Marchalet-Billard, 1917-1922 en 12 vol.
- Audinet (Eugène).** — *Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats onéreux.* (Mélanges Antoine Pillet, t. I, p. 57 à 80).
- Aulard.** — *Histoire politique de la révolution française.* Paris, A. Colin 1901.
- Bain (A.).** — *Les émotions et la volonté*, t. franç. par P.-L. Le Monnier, Paris 1885.
- Balmès (L.).** — *L'interprétation des actes et conventions en droit fiscal.* Thèse, Bordeaux 1914.
- Barraut.** — *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation.* Thèse, Dijon 1912.
- Barthélemy et Duez.** — *Traité élémentaire de droit constitutionnel.* Paris, Alcan 1926.
- Barni (J.).** — *Histoire des idées morales et politiques en France au XVIII^e siècle.* Paris, Baillièrre 1867 en 2 vol.
- Baudin (E.).** — *Cours de psychologie et de philosophie.* Paris 1917.

- Baudry-Lacantinerie.** — *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^e édit., Paris, Larosse 1905-1909, 29 vol.
— *Précis de droit civil*, 12^e édit. Paris Rec. Sirey 1919-1922 en 3 vol.
- Beaudant** (Ch.). — *Cours de droit civil français*. Publié par son fils Robert Beaudant, Paris, Rousseau 1896.
- Bekker** (E.). — *System des heutigen Pandektenrechts*. Weimar, 1886-1892.
- Bellanger.** — *Les concepts de cause et l'activité intentionnelle de l'esprit*. Thèse Lettres 1904-1905, Poitiers.
- Benoist.** — *Sophismes politiques de ce temps*, Paris, Perrin 1893.
- Berthélémy** (H.). — *Traité élémentaire de droit administratif*, 11^e édit. Paris, Rousseau 1926.
- Beudant** (Ch.). — *Le droit individuel et l'Etat*. Paris, Rousseau 1891.
— *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd. Paris 1920.
- Bezin.** — *Exposé des doctrines allemandes et italiennes sur l'acte complexe*. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, p. 289 et s.
- Bichofe** (Mlle). — *Fonction publique et contrat*. Thèse, Nancy 1927.
- Bluntschi.** — *Théorie générale de l'Etat*, tr. franç. Paris 1881.
- Boistel.** — *Cours de philosophie du droit*. Paris, Fontemoing 1899, 2 vol.
- Blondel** (Ch.). — *Introduction à la psychologie collective*. Paris A. Colin 1928.
- Bonnard** (R.). — *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris, Rec. Sirey 1926, supplément 1930:
— *La conception juridique de l'Etat*. Paris, Giard 1922 (Extrait de la *Revue du droit public* 1922).
— *L'origine de l'ordonnancement juridique* (extrait de *Mélanges Hauriou*, p. 31-77).
— *Droit naturel et droit positif* (*Revue internationale de la théorie du droit*, 1928-1929, fasc. 1^{er}, pp. 1 et s.).
— *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*. Paris, Giard 1922 (*Revue du droit public* 1922).
— *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir* (*Revue du droit public*, 1923).

- Bonnecase** (J.). — *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie* 1924-1929 5 vol. parus.
- *Introduction à l'étude du Droit*, 2^e édit. Paris, Rec. Sirey, 1931.
- *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*. Paris, Rec. Sirey 1927.
- *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2^e édit. Paris, de Boccard 1924.
- *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille*. 2^e édit., Paris, de Boccard 1928.
- Bouglé** (G.). — *Les idées égalitaires. Etude sociologique*. Thèse Lettres, Paris 1899.
- Boutroux**. — *De la contingence des lois de la nature*. 5^e édit. Paris, Alcan 1905.
- Brissaud**. — *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français*. Thèse, Bordeaux 1879.
- Brunschvicg** (L.). — *L'expérience humaine et la causalité physique*. Paris, Alcan 1922.
- Caleb**. — *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*. Thèse, Strasbourg 1927.
- Carré de Malberg**. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Paris, Rec. Sirey 1920-1922 en 2 vol.
- *La loi expression de la volonté générale*. Paris, Rec. Sirey 1931.
- Capitant** (H.). — *Introduction à l'étude du Droit civil*. 5^e édit. Paris, Dedonne 1929.
- *De la cause des obligations*. Paris, Dalloz 1923.
- Capitant** (René). — *L'illicite. I. L'impératif juridique*. Paris, Dalloz 1928.
- Campacérés**. — *Projet de Code civil et discours préliminaire*; nouv. éd., Paris 1796.
- Cameo**. — *De la manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo dans : Primo trattato completo di diritto amministrativo*, vol. III (pp. 1-220) Milano s. d. Società editrice libreria.

- Caro.** — *Problème de morale sociale*, 2^e édit., Paris, Hachette.
- Casteran** (Gast.). — *Du rôle des fictions dans le droit en Droit romain et en Droit français*. Thèse, Toulouse 1883.
- Caujier.** — *De l'interprétation des actes juridiques*. Thèse, Paris 1898.
- Charmont** (J.). — *La renaissance du droit naturel*, 2^e édit. Paris, Chauny et Guinsac, 1927.
- Chevalier** (J.). — *Le concept et l'idée* (dans les mélanges M. Hauriou), Rec. Sirey, 1929.
- Chiritesco.** — *Du rôle de la volonté dans le testament*. Thèse, Paris 1911.
- Colin et Capitant.** — *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit. Paris, Dalloz 1923-1924 en 3 vol.
- Comte** (Auguste). — *Cours de philosophie positive*. 5^e édit. Paris 1892-1894 en 6 vol.
- Cornil** (G.). — *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*. Paris, Giard 1924.
- Cuche** (P.). — *Conférences de philosophie du droit*. Paris, Dalloz 1928.
- *En lisant les juristes philosophes*. Paris, de Gigord 1919.
- D'Alembert.** — *Traité de dynamique* 2^e éd. Paris 1758.
- Darbon** (A.). — *L'explication mécanique et le nominalisme*. Paris, Alcan, thèse lettres 1909-1910.
- Davy** (G.). — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*. Paris, Alcan 1922.
- *La foi jurée. Etude sociologique du problème du contrat, la formation du lien contractuel*. Paris, Alcan 1922.
- Delbos.** — *La philosophie pratique de Kant*. Paris, Alcan 1905.
- Del Vecchio.** — *Les principes généraux de droit*, tr. fr. par Demontes 1925.
- Demogue** (R.). — *Traité des obligations en général*. Paris, Rousseau 1923-1925 en 5 vol.
- *Les notions fondamentales du Droit privé*. Paris, Rousseau 1917 in-8^o.
- *Les modifications aux contrats par volonté unilatérale*. *Rev. trim. de Droit civil*, 1907, pp. 245-310.

- Demolombe** (G.). — *Cours de Code Napoléon*. Paris 1869-82, 3 vol in-8°.
- Dereux** (G.). — *De l'interprétation des actes juridiques privés*. Thèse, Paris 1905.
- *Étude sur les diverses conceptions actuelles du contrat*. (*Rev. critique* 1901 pp. 513 et s. et 1902 pp. 105 et s).
- Dernburg**. — *Pandekten*, 2^e éd. Berlin, Ufuller 1885.
- Deslandres**. — *Étude sur le fondement de la loi*. Paris, Giard et Brière 1908.
- Despagnet** et de **Boeck**. — *Cours de Droit international public*, 4^e éd., Paris 1910.
- Djuvara**. — *Le fondement du phénomène juridique*. Thèse, Paris 1912.
- Dubreuil** (L.). — *Des mobiles dans les contrats*. Thèse, Lyon 1909.
- Duhem** (P.). — *La théorie physique, son objet et sa structure*. Paris 1906.
- Duguit** (L.). — *Traité de Droit constitutionnel*. 3^e éd. Paris, E. de Boccard, t. I, 1927; t. II, 1928). — 2^e éd. t. I 1921, II 1923 III 1923, IV 1924, V 1925.
- *Le droit objectif et la loi positive*. Paris, A. Fontemoing, 1901.
- *L'Etat, les gouvernants, les Agents*. Paris, A. Fontemoing 1903, in-8°.
- *Jean-Jacques Rousseau Kant et Hegel*. Paris, Giard et Brière, 1918 in-8° (ext. de la *Revue de Droit public* n° 2-3, avril et septembre 1918).
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* 2^e éd, 1920 in-16. Paris, Félix Alcan.
- *Le pragmatisme juridique*. Conférence faite à l'Université de Coimbre le 3 décembre 1923. (Coimbre, Imprensa la Universidade 1924).
- Dumas** (G.). — *Traité de Psychologie*. Paris, Alcan 1924., 2 vol.
- Durkheim**. — *De la division du travail social*. Thèse lettres, Paris 1893.
- *Les formes élémentaires de la vie religieuse*. Paris, Alcan 1912, in-8°.
- *Les règles de la méthode sociologique*. Paris, Alcan 1895, in-12,
- *Sociologie et philosophie*. Paris, Alcan 1924.

- Durma.** — *La notification de la volonté. Rôle de la notification dans la formation des actes juridiques.* Thèse, Paris 1930.
- Duthoit.** — *Liberté de contrat et tradition chrétienne.* Paris, Gabalda, 1914.
- Elias.** — *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale.* Thèse, Paris 1909.
- Esmein.** — *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé,* 7^e éd. Wezard. Paris, Tenin 1921, 2 vol. in-8°.
- *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français.* Paris, Larousse et Forcel 1883.
- Espinas (A.).** — *La philosophie sociale au XVIII^e siècle,* 1898. Paris, Alcan.
- *Les sociétés animales. Etudes de psychologie comparée,* 2^e édit Paris, Germer-Baillière 1878.
- Faguet.** — *Problème politique du temps présent.* Paris 1901.
- Fauchille.** — *Traité de Droit international,* 2 vol. ed. 1922-23.
- Flach.** — *Le droit de la force et la force du droit.* Paris Rec. Sirey, 1915, in-16.
- Fouillée.** — *L'idée moderne du Droit en Allemagne en Angleterre et en France.* Paris, Hachette 1878, in-12.
- *La liberté et le déterminisme,* 7^e éd. 1923. Paris, Alcan in-8°.
- *La psychologie des idées forces.* Paris, Alcan 1893, 2 vol.
- *La science sociale contemporaine,* Paris, Hachette 1880.
- Franck.** — *Philosophie du Droit civil.* Paris, Alcan 1886.
- Galliot.** — *La déclaration de volonté dans les contrats considérée au point de vue spéculatif et dans son application par la législation moderne allemande.* Thèse, Caen 1903.
- Gauguier (J.).** — *De l'interprétation des actes juridiques.* Thèse, Paris 1898.
- Gazel (M.).** — *Influence de la volonté des parties sur la révocation ou modification des contrats.* Thèse, Toulouse 1896.
- Gazelles (P.).** — *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles.* Thèse, Paris 1905.
- Gazin (H.).** — *Notion de patrimoine.* Thèse, Dijon 1910.
- Geny (F.).** — *Science et technique en Droit privé positif,* 4 vol. in-8°. Paris, Rec. Sirey, 1914-1924.
- *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*

Essai critique 2^e éd., 2 vol. in-8° 1919. Pichon et Durand Auzias.

Gide (Ch.) et **Rist**. — *Histoire des doctrines économiques depuis les Physiocrates jusqu'à nos jours*, 4^e éd. Paris, Tenin 1922, in-8°.

Gidel (Gilbert). — *Droits et devoirs des nations; la théorie classique des droits fondamentaux. Rec. des Cours de l'Académie de Droit international* 1925, V p. 541 et s.

Gierke (Otto). — *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung* Berlin, Weidmann 1887.

— *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie* 2^e éd. 1902.

Girard. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édit. Paris, Rousseau 1929.

Givanovitch (Th.). — *Du principe de causalité efficiente en droit pénal*. Thèse, Paris 1908.

Goldberg (Anna). — *Essai d'une théorie générale de l'engagement juridique par volonté unilatérale d'après le Code civil allemand*. Thèse, Nancy 1913.

Gorovtseff. — Articles : sur le problème du *sujet de droit* (*Revue trimestrielle du droit civil* 1926 pp. 881 et s. 1927, pp. 5 et s.) — sur la notion d'*objet en droit*, (*Revue du Droit public*, 1925 pp. 194 et s. *Revue générale de Droit* 1927, pp. 106 et s.)

Gounot. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*. Thèse, Dijon 1912.

Grasserie (de la). — *De la volonté comme source d'un droit* (*Revue critique* 1911 pp. 300 et s. 597 et s.; 1912, pp. 281 et s., 246 et s.)

Grélat. — *Les instructions de service*. Thèse, Nancy 1908.

Guihaire. — *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*. Thèse, Rennes 1908.

Gumplowicz. — *Précis de sociologie*, tr. franc. par Ch. Boy. Paris, Chailley 1896.

Hamel (J.). — *La notion de cause dans les libéralités*. Thèse, Paris, 1920.

Hauriou (M.). — *Précis de droit constitutionnel* 2^e édit. Paris, Rec. Sirey, 1929.

- *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^e édit., Paris, Rec. Sirey 1927.
- *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larosse et Forcel et Alcan 1896.
- *La théorie de l'institution et de fondation* (dans *Cahiers de la Nouvelle journée*, n^o 4, 1925).
- *Etudes constitutionnelles. La souveraineté notionale* (extr. *Recueil de Législation de Toulouse*). Paris, Larosse et Tenin 1912.
- Hauriou** et de **Bezin**. — *La déclaration de volonté en droit administratif* (*Revue trimestr. de droit civil*, 1903, pp. 543 et s.
- Höffding** (H.). — *Histoire de la philosophie moderne*. Trad. franc. Paris, 1906.
- *Esquisse d'une psychologie fondée sur l'expérience*, tr. fr. par L. Poitivin, Paris 1900.
- *Le concept de la volonté* (*Revue de métaphysique et de morale*, 1907, I, p. 1-17).
- Houssay** (Fr.). — *Force et cause*. Paris, Flammarion 1920.
- Hume**. — *Essai philosophique sur l'entendement humain*, tr. Renouvier et Pillon, Paris 1878, trad. David, Paris, Alcan 1912.
- *Traité de la nature humaine. De l'entendement*, trad. franc. par M. David. Paris, Alcan 1912.
- Ihering** (R. von). — *L'esprit du droit romain*, trad. franc., 3^e édit. 1877, 4 vol.
- *L'évolution du Droit (Zweck im Recht)* trad. franc. par de Meulenaere, Paris Anarescq, 1901.
- *Scherz und Ernst in der jurisprudence, eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum Leipzig* 1884.
- *Le rôle de la volonté dans la possession (III des Etudes complémentaires de l'Esprit du Droit romain)*. trad. franc. par O. de Meulenaere 1891.
- Jallu** (O.). — *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*. Thèse, Paris 1902.
- James** (William). — *Précis de psychologie*, tr. franc. par Baudin et Bertier, 3^e dit. Paris.
- *Le sentiment de l'effort critique philosophique*, 1881, t. II.
- Janet** (Paul). — *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3^e édit. Paris, Alcan 1887 en 2 vol.
- *Les causes finales*, Paris, Baillière, 1876.

- Janet et Seailles.** — *Histoire de la philosophie, les problèmes et les écoles*, Paris, Delagrave 1887.
- Janet** (Pierre). — *L'automatisme psychologique*, 3^e édit. 1899.
- Jellinek** (G.). — *L'Etat moderne et son Droit*, tr. franç. par G. Far-
dis 1911-1913.
- *Gesetz und Verordnung* Freiburg, Mohn 1887.
 - *System der subjectiven Offentlichen Recht*, Freiburg 1892.
 - *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte. In Staats und Völkerrechtliche Abhandlungen herausgegeben von Jellinek und Meyer*, t. I, fasc. 3, trad. en franç. sous le titre *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris 1902.
- Jèze** (G.). — *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e édit. en 3 vol. 1925-1930, Paris Giard.
- *Cours de droit public*. Paris, Giard 1928.
- Josserand.** — *Cours de droit civil positif français*. Paris, Rec. Sirey 3 vol. 1928-1930.
- *De l'esprit des Droits et de leur relativité* (théorie dite de l'abus des droits). Paris, Dalloz 1927.
 - *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris, Dalloz 1928.
- Kant** (Ém.). — *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit* (première partie de la métaphysique des mœurs) tr. franç. par J. Barni, Paris 1853.
- *Critique de la raison pratique précédée des Fondements de la métaphysique des mœurs*, tr. fr., J. Barni, Paris 1848.
- Kelsen** (Hans). — *Haupt probleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911.
- *Allgemeine Staatslehre*. Berlin J. Springer 1925.
 - *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* Tübingen 1920.
 - *Der soziologische und die juristische Staatsbegriff*. Tübingen, Siebeck 1922.
 - *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public; Cours de l'Académie de droit international*, t. 14, 1926, IV, p. 227-331.
 - *Théorie générale de l'Etat*. Rev. de Droit public, 1926.
- Labaud.** — *Le droit public de l'empire allemand*, tr. franç., Paris 1900.

- Lagasnerie** (P.). — *De la règle « qui s'oblige oblige le sien » et des tempéraments qu'elle peut recevoir de la volonté de l'homme.* Thèse, Paris 1888.
- Lalande** (A.). — *Théorie de l'induction et de l'expérimentation. La preuve formelle de la causalité.* Théorie de J.-S. Mill, leçons 13-14 dans (*Revue des cours et conférences* 1923-24, t. I, chap. IX).
- Lapie** (P.). — *Logique de la volonté.* Thèse de Lettres, Paris 1902.
- Lecocq** (L.). — *De la fiction comme procédé juridique.* Thèse, Paris 1914.
- Le Fur**. — *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne. Recueil des cours de l'Académie de Droit international*, 1927 t 3 p 251-442.
— *La souveraineté et le droit* Paris, Giard et Brière 1908.
- Le Hénaff**. — *Le Droit et les forces.* Paris, Alcan 1926.
- Leroy**. — *La loi.* Paris, Giard et Brière 1908.
- Lévi** (A.). — *La société et l'ordre juridique.* Paris, Doin 1911.
- Lévy** (P.-E.). — *L'éducation rationnelle de la volonté.* Paris 1898.
- Lévy** (P.-M.). — *Des manifestations tacites de volonté en matière civile et commerciale.* Thèse, Dijon 1927.
- Lévy-Bruhl**. — *La morale et la science des mœurs.* Paris, Alcan 1904.
— *La mentalité primitive.* Paris, Alcan 1922.
— *L'Allemagne depuis Leibniz.* Paris, Hachette 1896.
- Lévy-Ullmann**. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques : I La définition du Droit.* Paris, Rec. Sirey 1917.
- Liard** (L.). — *La science positive et la métaphysique.* Paris 1879.
- Littman**. — *Evolution du droit d'obligation.* Thèse, Paris 1903.
- Livre** du centenaire du Code civil 1804-1904 publié par la société des Etudes législatives. Paris 1904, 2 vol.
- Loché**. — *Esprit du Code Napoléon tiré de sa discussion 1805-1808.*
- Luis-Lucas** (D.). — *Volonté et cause. Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé.* Thèse, Dijon 1918.
- Maday** (A. de). — *Essai d'une explication sociologique de l'origine du droit.* Paris, Giard 1911.
- Maher** (Ah.). — *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats.* Thèse, Montpellier 1913.

- Malapert.** — *Leçons de philosophie.* Paris, Hatier, 8^e édit.
- Martin (L.).** — *Fondement philosophique du droit.* Thèse, Paris 1897.
- Maschke** (von Richard). — *Die Willenlehre im grichischen Recht*
Berlin, Stilke 1926.
- Masseran.** — *De la liberté de l'acte juridique et de ses limites.* Thèse,
Montpellier 1904.
- Maudsley.** — *Physiologie de l'esprit*, tr. franç. par A. Herzen,
Paris 1879.
- Maury.** — *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil*
français. Thèse, Toulouse 1920 en 2 vol.
- May.** — *Introduction à la science du droit.* Paris, Giard 1925.
- Menard (A.).** — *Essai d'une critique objective de la technique juridi-*
que en matière d'obligation. Thèse, Montpellier 1926.
- Mestre.** — *De la responsabilité pénale des personnes morales.* Paris
1900.
- Meyerson.** — *Identité et réalité*, 3^e édit. Paris, Alcan 1926.
- Michel (Henry).** — *L'idée de l'Etat.* Thèse Lettres. Paris 1894.
- Michoud (L.).** — *La théorie de la personnalité morale et son appli-*
cation au droit français, 2^e édit. par L. Troabas. Paris 1924 en
2 vol.
- Mill (J. Stuart).** — *Système de logique déductive et inductive*, tr.
frang. par Peisse, Paris 1867 2 vol.
- Momferratos.** — *Droit des obligations*, Athènes (en grec).
— *Manuel de droit civil.* t. I, *Principes généraux*, Athènes,
1918 (en grec).
- Morin (G.).** — *La révolte des faits contre le Code.* Paris, Grasset
1920.
— *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté.* Paris,
Alcan 1927.
- Nabert (J.).** — *La causalité psychologique.* Thèse, Lettres 1923.
- Niboyer (J.-P.).** — *La théorie de l'autonomie de la volonté. Recueil*
des cours de l'Académie de droit international 1927, I, t. 16
de la collection.
- Nordeaux (Max).** — *Les mensonges conventionnels de notre civilisa-*
tion, tr. fr., 5^e édit. Paris 1900.
- Olive.** — *Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international*
privé. Thèse, Bordeaux 1898.
- Osias (L.).** — *L'acte abstrait en droit comparé.* Thèse, Paris 1924.

- Pailhas.** — *La propriété et les conventions privées en droit civil.* Thèse, Paris 1896.
- Pappoulias (D.).** — *Principes généraux du Droit civil*, fasc. A. Athènes 1921 (en grec).
- Paulhan.** — *La volonté.* Paris, Doin 1910.
- Payot.** — *L'éducation de la volonté.* Paris, Alcan 1928.
— *Le travail intellectuel et la volonté.* Paris, Alcan 1925.
- Périch.** — *La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés.* (Rev. trim. de Droit privé 1929).
- Perrin (J.).** — *Essai sur la réductibilité des obligations excessives.* Thèse, Paris 1905.
- Perrin (X.).** — *Conversion par réduction des actes et des personnes juridiques.* Thèse Lyon 1911.
- Picard (Ed.).** — *Le Droit pur.* Paris, Flammarion 1908.
- Pillet.** — *Les droits fondamentaux des Etats.* (Rev. Générale de Droit international. 1898, p. 66 et s.; 236 et s. (tir. à part).
- Pilon.** — *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations.* Thèse Caën, 1897.
- Pirou (G.).** — *Les doctrines économiques en France depuis 1870.* Paris, Colin 1925.
- Planiol et Ripert.** — *Traité pratique de Droit civil français.* Paris 1925-31.
— *Traité élémentaire de Droit civil*, 11^e édit. Paris 1928-31.
- Politis (N.).** — *Les nouvelles tendances du Droit international*¹ Paris, Hachette 1927.
— *La justice internationale.* Paris, Hachette 1924.
— *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux.* (Rec. des Cours de l'Académie de Droit international. VI, 1925-31, p. 5 à 177.
- Ponceau.** — *La volonté dans le contrat.* Thèse, Lyon 1921.
- Popesco-Rimniceano.** — *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé.* Thèse, Paris.
- Pothier.** — *Œuvres complètes* (éd. Berville) 1821 à 1824 en 26 vol.
- Prat (L.).** — *Le caractère empirique et la personne.* Thèse, Paris 1905.
- Prudhomme (S.) et Richet (Ch.).** — *Le problème des causes finales.* Paris 1902.

Regelsberger. — *Pandekten*, Leipzig 1893.

Réglade (M.). — *La coutume en droit public interne*. Thèse, Bordeaux 1919.

— *La nature juridique de l'acte d'association*. Thèse, Bordeaux 1920.

— *Perspective qu'ouvrent les doctrines objectivistes du Doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit international public*. (*Rev. Générale de Droit international public*, 1930, pp. 380 et s.)

— *De la nature juridique des traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités-contrats* (*Ext. de la Revue de Droit public*), Giard 1925.

Renard (G.). — *Le Droit, la justice et la volonté*, Paris, Tenin 1924.

— *Le Droit, l'ordre, la raison*. Paris, Rec. Sirey 1927.

— *La valeur de la loi*. Paris, Rec. Sirey 1928.

Renouvier. — *Philosophie analytique de l'Histoire. Les idées, les religions, les systèmes*. Paris, Leroux 1896. 4 vol.

— *Essai de critique générale*.

Reynaud. — *L'abus du droit*. Thèse, Paris 1904.

Ribot. — *Les maladies de la volonté*. Paris, Alcan 1883, 30^e éd. 1913.

Riccobond (Salvator). — *Legati et fedecommissi. Verba e voluntas*. (*Mélanges Cornil*), pp. 348-374

Richard (G.). — *Essai sur l'origine de l'idée de Droit*. Thèse, Lettres, Paris 1892.

— *La question sociale et le mouvement philosophique au XIX^e siècle*. Paris, Colin 1914.

— *La sociologie générale et les lois sociologiques*. Paris, Doin 1912.

Ripert (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, Pichon et Durand Auzias 1925.

— *Droit naturel et positivisme juridique*. *Annale de la faculté de Droit d'Aix*, 1918.

Roguen (E.). — *La règle de droit*. Lausanne 1889.

— *La science juridique pure*. Paris et Lausanne 1923 en 3 vol.

Roubier. — *Essai sur la responsabilité précontractuelle*. Thèse, Lyon 1911.

Rousseau (J.-J.). — *Œuvres complètes*.

- Roustan** (D.). — *Leçons de Philosophie*. Paris, Delagrave 1928.
- Rothe**. — *Traité de Droit naturel théorique et appliqué*, 2 vol. 1885.
- Saleilles** (R.). — *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*. Paris 1910.
- *De la déclaration de volonté*. Paris, Pichon 1901.
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après les projets du Code civil allemand*. Paris 1890.
- *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*. Paris 1924.
- Stéfanescu** (L.-N.). — *De l'interprétation de la volonté des parties dans les contrats en droit international privé*. Thèse, Paris 1905.
- Stoop** (A.). — *Analyse de la notion du droit*. Haarlem H. D. Tjeenk Willink zoon, 1927
- Svolos**. — *La nouvelle constitution et les bases du régime politique*, Athènes 1928 (en grec).
- Taine**. — *De l'intelligence*. Paris 1878.
- *Les origines de la France contemporaine*. 3^e édit. 1878-1885.
- Talandier**. — *De l'engagement par volonté unilatérale*. Thèse, Toulouse 1912.
- Tarbouriech**. — *Contribution à la théorie de la cause. De la cause dans les libéralités*. Paris, Giard et Brière 1894.
- Tarde** (G.). — *Les transformations du Droit*. Paris 1893.
- *Les lois de l'imitation. Etude sociologique*. Paris 1890.
- Thon**. — *Rechtsnorm und subjectives Recht*. Weimar 1876.
- Timbal**. — *De la cause dans les contrats et les obligations en Droit romain et en Droit français*. Thèse, Toulouse 1882.
- Saripolos** (N.). — *Droit constitutionnel grec*, 3^e éd. Athènes 1918, en grec, 3 vol.
- *La démocratie et l'élection proportionnelle*. Thèse, Paris 1899.
- *Système de Droit constitutionnel et de droit public général*. Athènes 1903, en grec.
- *De l'Etat et de ses éléments en général*. Athènes 1921, en grec.
- Savigny** (F. de). — *Traité de droit romain*; tr. fr. par Ch. Guenaux. Paris 1840, 8 vol.
- *Le droit des obligations*; tr. fr. par Gérardin et Tozon, 2 vol. 1873.

- Scelle.** — *De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat.* Thèse Paris 1906.
- Schopenhauer.** — *Le monde comme volonté et comme représentation*, 7^e éd. Paris, Alcan 1925. 3 vol.
- *Essai sur le libre arbitre*, tr. fr. 6^e éd. Paris, Alcan 1894.
- Secretan.** — *Philosophie de la liberté*, 2^e édit. Paris 1872, 2 vol.
- Séferiadès.** — *Etude critique de la théorie sur la cause.* Thèse, Paris 1897.
- Schlossmann** (O.). — *Der Vertrag.* Leipzig 1876.
- Seignobos.** — *La méthode historique appliquée aux Sciences sociales.* Paris 1909.
- *Histoire Politique de l'Europe contemporaine*, 7^e éd. Paris, Colin 1926 2 vol in-8^o.
- Serel** (G.). — *De la cause en physique.* *Rev. Philosophique*, 1888. XXVI, pp. 464 et s.
- Sokolowski.** — *Zum Willensproblem im römischen Recht* (dans *Mélanges Cornil* (G.), p. 425-453.
- Spencer** (H.). — *Principes de psychologie*, tr. fr. Paris, Germer-Baillière 1874-75.
- *L'individu contre l'Etat*, tr. franç. par Gerschel. Paris, Alcan
- Stahl.** — *Histoire de la philosophie du Droit*, tr. franç. par A. Chauffard, Paris Thorin 1880.
- Tissier.** — *De la déclaration de volonté* (*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1903, t. I p. 187 et s.).
- Toullier et Duverger.** — *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e édit.
- Trentin.** — *L'atto amministrativo Contributi allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione Roma Athenaeum* 1915 in-8^o.
- Triepel.** — *Droit international et droit interne*, tr. fr. par R. Brunet Paris, Pedone 1920.
- Trouiller** (M.). — *Du rôle du consentement dans la formation des actes juridiques.* Thèse, Grenoble 1894.
- Vareilles-Sommières.** — *Les principes fondamentaux du Droit.* Paris, Pichon 1889.
- Vizioz** (H.). — *La notion de quasi-contrat.* Thèse, Bordeaux 1912.

- *L'Ecole du Droit naturel et le quasi-contrat* (Ext. de la *Revue critique de législation* 1913) Paris, Pichon 1913.
 - *Etude de procédure*. I. *Observations sur l'étude de la procédure civile*; II. *les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de Droit public*. Paris, de Boccard 1931, in-8°.
 - Weis.** — *Traité élémentaire de Droit international privé*. Paris, 1886.
 - Wilson.** — *L'Etat*, avec préface de Léon Duguit; trad. fr. par Wilhelm. Paris, Giard et Brière 1902 en 2 vol.
 - Windscheid-Kipp.** — *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt 1906, 3 vol.
 - Worms.** — *Philosophie des sciences sociales*. Paris 1903-1907. Giard et Brière, 3 vol.
 - *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Thèse, Paris 1891.
 - Wund.** — *Psychologie physiologique*, trad. fr. par Rouvier. Paris 1886, 2 vol.
-

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	9
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

EXPOSE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DU ROLE DE LA VOLONTE DANS L'ACTE JURIDIQUE

Chapitre premier. — L'acte juridique.....	15
§ 1. Désaccord sur le sens de l'acte juridique. Ses rapports avec « negotium », Rechtsgeschäft. « Rechtshandlung	15
§ 2. Les définitions à écarter.....	22
A) Définitions données par les civilistes.....	27
B) Certaines définitions données par les auteurs du Droit public	
§ 3. La définition admise.....	30
Chapitre II. — La conception classique.....	37
<i>Section I. — La théorie de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle</i>	<i>38</i>
§ 1. La notion de l'autonomie de la volonté selon Kant.....	38
§ 2. La notion de l'autonomie de la volonté selon les juristes...	42
§ 3. L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle.....	53
§ 4. La théorie de l'autonomie de la volonté et certaines dispositions des Déclarations de Droits et du Code civil français	55
<i>Section II. — La Willenstheorie allemande.....</i>	<i>59</i>
§ 1. La confusion de la conception de la Willenstheorie allemande avec la doctrine classique française ou autonomie de la volonté	60
§ 2. Les fondateurs de la Willenstheorie allemande et l'autonomie de la volonté individuelle.....	64
§ 3. Incompatibilités de la conception française sur l'autonomie de la volonté avec la conception allemande de l'Etat....	68
<i>Section III. — La théorie dynamique de la volonté collective.....</i>	<i>73</i>
§ 1. La théorie dynamique de la volonté collective des personnes morales privées.....	74
§ 2. La théorie dynamique de la volonté collective de la personne morale Etat ou Nation.....	75
<i>Section IV. — Le mécanisme de l'Etat juridique selon la doctrine classique</i>	<i>77</i>

§ 1. Le mécanisme de l'acte juridique selon la théorie de l'autonomie de la volonté.....	78
§ 2. Le mécanisme de l'acte juridique selon les autres théories composant la conception classique en général.....	82
A) Le mécanisme de l'acte juridique selon la Willentheorie allemande	82
B) Le mécanisme de l'acte juridique selon la conception dynamique de la volonté collective.....	85
Chapitre III. — Rapport de la doctrine de l'autonomie de la volonté avec les conceptions : individualisme et libéralisme.....	87
§ 1. Individualisme et libéralisme, leurs multiples sens.....	96
§ 2. Le point de vue finaliste dans l'individualisme et le libéralisme	100
§ 3. L'individualisme et l'autonomie de la volonté.....	103
§ 4. Le genre d'individualisme qui peut se rattacher à la doctrine de l'autonomie de la volonté.....	110
§ 5. L'individualisme du droit subjectif et la doctrine du droit naturel	118
§ 6. L'autonomie de la volonté et le libéralisme.....	118

DEUXIEME PARTIE

CRITIQUE DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DU ROLE DE LA VOLONTÉ DANS L'ACTE JURIDIQUE

Chapitre premier. — La volonté et son rôle dans le domaine du Droit au point de vue théorique	127
<i>Section I. — Les notions de volonté et de cause.....</i>	128
§ 1. La volonté	128
§ 2. La cause	139
<i>Section II. — La volonté en tant que cause</i>	153
§ 1. La volonté cause d'effets matériels.....	154
§ 2. La volonté cause créatrice de l'effet de droit.....	161
Chapitre II. — La conception classique du rôle de la volonté et les actes juridiques de droit privé.....	167
<i>Section I. — Le principe de la liberté de production des effets de droit et ses dérogations.....</i>	169
§ 1. Le principe de la libre production de l'effet de droit et la formation de l'obligation d'après le Code civil.....	171
§ 2. Le même principe et la notion de cause des obligations... ..	174
§ 3. Le même principe et l'art. 6 du Code civil.....	183
§ 4. Le même principe et la notion d'abus de droit.....	187
<i>Section II. — Le principe « pas d'obligation sans contrat ».....</i>	189
§ 1. Dérogations au principe énoncé, prévues Titre IV livre III du Code civil et certaines lois spéciales.....	189
§ 2. Incompatibilités du même principe avec les notions de quasi-contrat, délit et quasi-délit.....	194
§ 3. Impossibilité pour les contractants de prévoir tous les effets de droit auxquels le contrat donne lieu.....	194
§ 4. Le principe « pas d'obligation sans contrat » et la notion de succession <i>ab intestat</i>	198

§ 5. Le même principe et le contrat d'adhésion.....	201
§ 6. Le même principe et l'art. 1135 du Code civil. La prétendue volonté tacite des contractants.....	204
<i>Section III. — Le principe de l'intangibilité du contrat et ses dérogations</i>	208
§ 1. Dérogations au principe de l'intangibilité du contrat ap- portées directement par la loi.....	209
§ 2. Dérogations au principe de l'intangibilité du contrat ap- portées par le juge.....	211
§ 3. Dérogations au même principe dans les cas de modifications des effets du contrat par la volonté seule de l'un des con- tractants	213
§ 4. Dérogations apportées par les notions de condition et terme résolutoires.....	214
§ 5. Dérogations au même principe apportées par une tierce volonté	217
<i>Section IV. — Le principe de la relativité des effets du contrat.</i>	218
§ 1. Exceptions au principe de la relativité des contrats recon- nues par le Code civil et le Code de commerce.....	220
§ 2. Le principe de la relativité des effets du contrat et la no- tion de représentation.....	223
<i>Section V. — La théorie dynamique de l'autonomie de la volonté et la notion de personne morale.</i>	230
§ 1. Le système de la fiction.....	233
§ 2. Le système de la réalité de la personne morale.....	236
§ 3. Le système de la personnalité morale abstraction ou con- cept	243
<i>Section VI. — La théorie dynamique de l'autonomie de la volonté et la question de l'interprétation des actes juridiques.</i>	253
§ 1. Comment la question de l'interprétation doit être posée d'après la doctrine dynamique de l'autonomie de la volonté..	254
§ 2. La question de l'interprétation des actes juridiques selon le Code et la théorie de l'autonomie de la volonté.....	258
§ 3. La doctrine et la jurisprudence par rapport aux problèmes de l'interprétation et la théorie de l'autonomie de la volonté.	263
Chapitre III. — La conception classique du rôle de la volonté et les actes juridiques du Droit public.	265
<i>Section I. — La personnalité et la souveraineté de l'Etat, conséquences nécessaires de la conception classique du rôle de la volonté.</i>	266
§ 1. La personnalité de l'Etat.....	266
§ 2. La souveraineté de l'Etat.....	269
<i>Section II. — Le problème de la personnalité de l'Etat.</i>	271
§ 1. La structure de la personne Etat.....	272
A) La doctrine française.....	272
B) La doctrine allemande.....	274
§ 2. Le problème de l'exercice de la volonté étatique ou na- tionale	277
A) La théorie française de la représentation.....	278
B) La théorie allemande de l'organe juridique.....	282
<i>Section III. — Le problème de la souveraineté.</i>	284
§ 1. La nature de la souveraineté.....	285
§ 2. L'origine de la souveraineté.....	290

a) Doctrines théocratiques	291
b) Doctrines démocratiques	292
§ 3. Les conséquences de la souveraineté en Droit public.....	299
A) La souveraineté et les actes bilatéraux de l'Etat.....	299
a) La théorie de l'autolimitation.....	300
b) La théorie de la limitation de la souveraineté par les droits individuels naturels qui procèdent de la volonté autonome des individus.....	303
B) La souveraineté et l'Etat fédéral.....	304
C) La souveraineté et le Droit international public.....	306
a. Les traités contrats.....	307
1° La doctrine de l'autolimitation.....	307
2° La doctrine des droits fondamentaux des Etats	307
b. Les actes juridiques unilatéraux du Droit inter- national	308
4. Conclusions sur la souveraineté.....	310
Bibliographie.....	313

Bordeaux — Imprimerie J. BIERE, 18, rue Peugue — 1931
